



Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino

Come decide la Corte dinanzi a questioni “tecniche”

Incontri sulla giurisprudenza costituzionale

Torino, marzo-giugno 2019

**A cura di Matteo Losana
e Valeria Marcenò**

Introduzione di Nicolò Zanon



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO
19/2020

Comitato scientifico dei Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Manuela Consito, Francesco Costamagna , Eugenio Dalmotto, Riccardo de Caria, Edoardo Ferrante, Domenico Francavilla (coordinatore), Valerio Gigliotti, Matteo Losana, Valeria Marcenò, Lorenza Mola, Luciano Olivero, Francesco Pallante, Margherita Salvadori, Giovanni Torrente

Come decide la Corte dinanzi a questioni “tecniche”

Incontri sulla giurisprudenza costituzionale

Torino, marzo-giugno 2019

a cura di

Matteo Losana e Valeria Marcenò

Introduzione di Nicolò Zanon



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino con fondi FFABR 2017

La presente opera è stata sottoposta a revisione da parte di una Commissione di Lettura di docenti del Dipartimento nominata dal Comitato Scientifico della Collana in conformità al Regolamento delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Come decide la Corte dinanzi a questioni "tecniche". Incontri sulla giurisprudenza costituzionale, a cura di Matteo Losana e Valeria Marcenò

© 2020 - Università degli Studi di Torino
Via Verdi, 8 – 10124 Torino
www.collane.unito.it/oa/
openaccess@unito.it

ISBN: 9788875901691

Prima edizione: Dicembre 2020

Grafica, composizione e stampa: Rubbettino Editore



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale

Indice

Presentazione <i>di Matteo Losana e Valeria Marcenò</i>	7
Introduzione <i>di Nicolò Zanon</i> Su alcune questioni e tendenze attuali intorno alla motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, tra forma e sostanza	21
<i>Francesca Biondi</i> Come decide la Corte dinanzi a questioni “tecniche”: la materia elettorale	31
<i>Luca Imarisio</i> Declinazioni della ragionevolezza e paradigmi di coerenza nella giurisprudenza costituzionale in materia elettorale	49
<i>Guido Rivosecchi</i> Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”: la materia della finanza pubblica	65
<i>Marcello Cecchetti</i> La Corte costituzionale davanti alle “questioni tecniche” in materia di tutela dell’ambiente	93
<i>Cristina Videtta</i> Le questioni tecniche nel diritto dell’ambiente secondo la Corte costituzionale. Profili problematici	115

<i>Serena Sileoni</i> Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”: la materia tributaria	131
<i>Enrico Marengo</i> Argomenti tradizionali e contemporanei nella giurisprudenza costituzionale in materia tributaria	147
<i>Antonio Iannuzzi</i> Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”: materie con rilevanza tecnico-scientifica	163
<i>Silvio Troilo</i> Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”: la materia sanitaria	183
<i>Barbara Gagliardi</i> Il sindacato del giudice costituzionale sull’organizzazione sanitaria tra autonomia regionale e diritto alla salute	203
<i>Elena Malfatti</i> Giurisprudenza costituzionale e “questioni tecniche”: i poteri istruttori della Corte costituzionale	225
<i>Jörg Luther</i> Per una “cultura dell’istruttoria”	257
Notizie sugli Autori	263

Presentazione

1. Il volume raccoglie gli atti relativi a sette incontri seminariali che si sono svolti, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino, tra il marzo e il giugno del 2019. Per il suo tramite, vogliamo esprimere un sentito ringraziamento alle amiche e agli amici, alle colleghe e ai colleghi che hanno accettato il nostro invito, animando gli incontri con relazioni e discussioni ricche di spunti e prospettive di analisi originali. Vogliamo altresì ringraziare il dott. Mario Calvo, la dott.ssa Francesca Paruzzo e il dott. Ruggero Rudoni che delle singole giornate di studio hanno fornito dettagliati resoconti, utili per la stesura definitiva del volume. Alla soddisfazione per aver portato a compimento il ciclo seminariale e la successiva pubblicazione degli atti si contrappone, tuttavia, una profondissima tristezza per la prematura scomparsa del prof. Jörg Luther, intervenuto in qualità di *discussant* nell'ultimo incontro seminariale dedicato ai poteri istruttori della Corte costituzionale. L'originalità degli studi, la vastissima cultura e l'apertura sincera al dialogo, soprattutto verso i più giovani, sono forse le qualità di Jörg che più ci mancheranno. Proprio a lui è toccato il compito di chiudere, con il consueto entusiasmo che caratterizzava ogni suo intervento, l'ultima giornata del ciclo seminariale. E a lui vogliamo dedicare questa raccolta.

In occasione degli incontri seminariali si è tornati a ragionare sul complesso – e quanto mai attuale – tema del rapporto tra la “scienza” (intesa, genericamente, come l'insieme delle c.d. scienze dure) e il diritto, assumendo come punto di vista particolare e volutamente circoscritto della riflessione quello offerto dalla giurisprudenza costituzionale. L'idea di dedicare un seminario a un tema tanto impegnativo nasce da una sensazione di disagio che talvolta si prova quando si procede alla lettura delle sentenze della Corte costituzionale più “corpose” e complesse. La sensazione è che la motivazione di queste sentenze si rivolga spesso a un ristretto pubblico di specialisti, particolarmente competenti nelle singole discipline normative

coinvolte dalla questione di legittimità costituzionale. Sensazione che si fa ancora più acuta là dove le questioni riguardino una disciplina normativa caratterizzata da specifici contenuti tecnico-scientifici. Proprio in questi casi, infatti, per comprendere appieno le sentenze è necessario calarsi in profondità nella disciplina di settore e analizzare le diverse e spesso eterogenee fonti (euro-unitarie, internazionali, secondarie tipiche e atipiche) che, secondo la ricostruzione del quadro normativo offerta dalla Corte costituzionale, integrano il significato dell'atto legislativo impugnato oppure del parametro. Certo, la stratificazione delle fonti e la conseguente complessità delle discipline normative sono caratteristiche strutturali degli odierni ordinamenti giuridici, aperti alla dimensione sovranazionale del diritto e improntati, al loro interno, al pluralismo (sociale ma anche istituzionale). Peraltro, la necessità di fotografare nel dettaglio un contesto normativo tanto articolato non dovrebbe appannare il "tono" necessariamente costituzionale dei giudizi riguardanti la legittimità – appunto – costituzionale delle leggi. Il dubbio è che i modelli argomentativi ed espositivi comunemente praticati dai giudici comuni (e dalle giurisdizioni sovranazionali) stiano contaminando la giurisprudenza costituzionale. Invero, la Corte non è un giudice comune che deve scandagliare ogni atto (anche la circolare più tecnica e minuta) che sia utile a stabilire il torto oppure le ragioni delle parti. La Corte è il giudice delle leggi che dovrebbe limitarsi a individuare con chiarezza il "nodo" costituzionale controverso. E i nodi costituzionali non si risolvono trovando la norma (anche tecnica) che separi nettamente il torto dalla ragione, bensì bilanciando praticamente principi costituzionali spesso confliggenti.

2. Il rapporto tra la scienza e il diritto rappresenta un «antico problema»¹, attorno al quale sono germogliate profonde discussioni. Come sottolineato dalla dottrina, scienza e diritto hanno funzioni del tutto diverse: alla prima spetta fornire elementi per «comprendere la realtà che ci circonda»; al secondo spetta il compito di «graduare e regolare, per fini di convivenza e di giustizia, i diversi interessi che la vita della socialità mette in campo»². Seppur funzionalmente distanti, scienza e diritto sono in stretto rapporto, dal momento che «per graduare e regolare gli interessi sociali occorre valu-

1. Così P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. n. 3, 2009, 591.

2. Le espressioni riportate nel testo sono di E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 1/2017, 1.

tarli e per valutarli occorre innanzitutto conoscerli e conoscere la realtà che ha contribuito a farli emergere»³. Oggi gli sviluppi scientifici e tecnologici sembrano coinvolgere uno spettro di materie sempre più ampio. Oltre che nelle materie caratterizzate, per loro natura, da specifici profili tecnici (quali, ad esempio, la materia ambientale e la materia sanitaria), il dato tecnico-scientifico sembra assumere un peso sempre maggiore anche in materie nelle quali, almeno a prima vista, i profili politici sembrano prevalenti (la materia elettorale, la finanza pubblica, la materia penale e quella tributaria). Il rapporto tra scienza e diritto, dunque, non è più una questione settoriale, riguardante rami specifici del nostro ordinamento giuridico. Si tratta oramai di questione generale che riguarda la produzione di sempre più numerosi e rilevanti atti normativi⁴. Le odierne fonti normative di produzione (non solo quelle di grado legislativo, ma anche quelle di rango sub-legislativo) paiono, sempre più spesso, un impasto quasi inestricabile di valutazioni tecnico-scientifiche e valutazioni di carattere prevalentemente politico.

Questa tendenza riguardante gli atti legislativi si riflette, inevitabilmente, sull'attività della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su atti legislativi che, molte volte, si fondano (o pretendono di fondarsi) su qualche presupposto tecnico-scientifico. Sempre più numerose questioni di legittimità costituzionale che giungono all'esame della Corte costituzionale sono, dunque, «questioni [in tutto o in parte] tecniche». L'espressione utilizzata, anche per dare il titolo a questo volume, necessita un chiarimento. Per «questione tecnica» non si vuole alludere a questioni aventi, come oggetto, *norme tecniche* (in senso stretto), così come disciplinate, in particolare, dal diritto dell'Unione europea⁵. Più genericamente, si vuole fare riferimento a tutte quelle questioni di legittimità la cui soluzione «chiama in causa»⁶ specifiche conoscenze scientifiche. Peraltro, superato il «dogma dell'infalibilità della scienza», il dato scientifico – come noto e più volte ricordato – non rappresenta più una verità assoluta che il diritto deve meccanicamente recepire⁷. In ordinamenti liberali (improntati alla

3. Così, ancora, E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, cit., 1.

4. Cfr. A. D'ALOIA, *Introduzione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 maggio 2004, Giappichelli, Torino, 2005, XI ss.

5. Cfr. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 10 e ss.

6. Così V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. n. 2/2019, 394.

7. Cfr. G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto Pubblico*, fasc. n. 2/2004, 2011; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza*

massima libertà della ricerca scientifica) il dato scientifico è non solo controverso, ma anche mutevole, in quanto costantemente falsificabile dalle nuove acquisizioni scientifiche. Qual è, dunque, l'atteggiamento del giudice costituzionale dinanzi a una realtà tanto incerta e precaria? Questa è la domanda di fondo a cui i contributi raccolti provano a dare una risposta.

3. Di norma – come emerge anche dalle relazioni raccolte in questo volume – la Corte non si spinge a sindacare la solidità del presupposto scientifico sul quale si fonda la legge (riconoscendo, sul punto, un'ampia discrezionalità del legislatore), quasi vigesse «una sorta di “presunzione” favorevole» alle valutazioni tecniche svolte dal legislatore⁸. In materia ambientale la «“naturale [e del tutto fisiologica] ritrosia” della Corte a valutare il dato scientifico» si traduce in una vera e propria «“fuga” del Giudice costituzionale dalle questioni tecniche» (Cecchetti). In materia tributaria – complice il fatto che la potestà impositiva rientra tra le manifestazioni tipiche della sovranità (interna) dello Stato – il richiamo alla discrezionalità del legislatore sembra farsi addirittura «ossessivo» (Marello). Per quanto riguarda l'organizzazione sanitaria, si può parlare di una vera e propria «“deferenza” del giudice [delle leggi] rispetto alle scelte del legislatore» (Gagliardi). Peraltro, quella appena descritta non è un a presunzione assoluta, bensì relativa. Dinanzi a un evidente contrasto con «“sicuri” riferimenti scientifici», la Corte si riserva, infatti, la possibilità di censurare la legge, dichiarando la «manifesta irrazionalità» oppure l'«evidente irragionevolezza» della medesima⁹. Si tratta, comunque, di un giudizio «a maglie piuttosto larghe» (Biondi) che, almeno in materia tributaria, tende spesso a salvaguardare la scelta impositiva e, dunque, le «ragioni del fisco» (Sileoni).

In ragione di questo complessivo atteggiamento della Corte, si è consolidata l'idea che il dato scientifico entri nel giudizio costituzionale attraverso lo schermo della ragionevolezza¹⁰. Almeno per il momento, la Corte non sembra intenzionata a elaborare per le “questioni tecniche” specifici e

della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra la dimensione scientifica e la dimensione assiologica, in Politica del diritto, fasc. n. 2/2015, 272.

8. Così R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, cit., 6.

9. Così, riprendendo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 114/1998, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 157 ss.

10. Cfr. S. PENASA, *La “ragionevolezza scientifica” delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. n. 4/2009, 817 ss.; ID., *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra la*

particolarmente innovativi schemi di giudizio¹¹, ulteriori rispetto al consolidato e sempre più «onnivoro» canone della ragionevolezza¹². In armonia con l'idea – oggi piuttosto diffusa – che il sindacato di costituzionalità non sia solamente un giudizio *su* atti e *tra* atti normativi¹³, bensì un giudizio aperto anche alla realtà materiale in cui è germogliata la questione, il dato scientifico rappresenta un aspetto particolare del *caso concreto* che «premendo sul diritto» permette alla Corte valutare la ragionevolezza delle singole scelte legislative¹⁴. Emblematica, in tal senso, è la sentenza n. 239 del 2018 in cui la Corte, per valutare la ragionevolezza della clausola di sbarramento, non si ferma al quadro dei principi costituzionali che definiscono la nostra forma di governo parlamentare, ma si spinge oltre, attribuendo un preciso rilievo al «contesto politico-partitico» e «all'ambiente storico-culturale» nei quali si colloca il sistema elettorale (Imarisio). In questa prospettiva assume un significato particolare il modo in cui la Corte costituzionale esercita (oppure non esercita) i propri poteri istruttori. L'osservazione che la Corte ricorra raramente alle ordinanze istruttorie e preferisca, spesso, acquisire le informazioni necessarie tramite istruttorie informali (spesso condotte dagli assistenti di studio) è un'osservazione, generalmente, condivisa¹⁵. Più controverso è, invece, il giudizio circa questa vera e propria «fuga nell'informalità» (Luther). Alcuni – come emerso anche nel corso dell'ultima giornata del ciclo seminariale – ritengono la trasparenza dell'istruttoria coerente con la nostra forma repubblicana e con la necessità di «rendere visibili gli interessi di fatto che alimentano i conflitti costituzionali» (Luther). A tal fine – si è osservato – potrebbe essere utile estendere l'obbligo di deposito delle prove formalmente esplesate (sancito dall'art. 14 delle *Norme integrative per i giudizi davanti*

dimensione scientifica e la dimensione assiologica, cit., 282 e segg.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 162 ss.

11. In questo senso cfr. già M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, cit., 27.

12. L'espressione è di L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale alcuni nodi critici*, in M. OLIVETTI - T. GROPPI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2003, 139.

13. Cfr. V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit., 393.

14. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, I. Storia, principi, interpretazioni*, il Mulino, Bologna, 2018, 103 ss.

15. Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, relazione introduttiva al volume M. D'AMICO - F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 39 ss.

alla Corte costituzionale) anche alle informazioni acquisite tramite istruttorie informali (Luther). Proprio in questa direzione sembra muoversi la recente modifica delle *Norme integrative*, avvenuta nel gennaio 2020, che ha formalizzato, in qualche modo, il contributo degli *amici curiae* e l'audizione di esperti di chiara fama (Troilo). Altri, invece, più indulgenti con l'atteggiamento della Corte, ritengono possibile spezzare «anche qualche lancia a favore della Corte che opera nella informalità» (Malfatti). Le ragioni a favore dell'informalità sarebbero diverse: la possibilità della Corte di utilizzare le «istruttorie degli altri» (Luther) e, in particolare, quelle già svolte dal giudice *a quo*; il rischio che i destinatari dell'istruttoria formale assumano una posizione «partigiana o comunque non neutra» (Malfatti)¹⁶; il rischio – e questa sembra la ragione più convincente – che l'esito dell'istruttoria formale cristallizzi eccessivamente la giurisprudenza costituzionale, ostacolando un eventuale successivo *revirement*.

Secondo alcune ricostruzioni, il sindacato di ragionevolezza sulle leggi che si fondano su presupposti tecnico-scientifico non dovrebbe riguardare solamente il contenuto dell'atto, e cioè *come* il dato scientifico è stato valutato dal legislatore, ma anche il procedimento legislativo, e cioè *come* il medesimo dato è stato acquisito dal legislatore¹⁷. In questa prospettiva, il dato scientifico genererebbe in capo al legislatore specifici obblighi procedurali la cui violazione inciderebbe direttamente sulla legittimità costituzionale dell'atto legislativo (Iannuzzi). Al momento, come dimostra l'esempio della materia ambientale, l'individuazione in concreto di tali obblighi pare ancora piuttosto difficile. In questa materia – l'osservazione è peraltro valida anche per le altre materie tecniche – manca, infatti, una specifica disciplina normativa che, regolando «le forme e le modalità di acquisizione (e valutazione) degli *expertise* tecnico-scientifici» (Cecchetti), orienti il giudizio della Corte. Guardando alla prassi delle audizioni parlamentari – ad esempio – i criteri per la selezione degli esperti chiamati a riferire nelle commissioni paiono, talvolta, piuttosto opachi (Luther). L'introduzione di una più stringente disciplina normativa dell'istruttoria tecnico-scientifica renderebbe, dunque, più chiari gli obblighi procedurali che gravano il legislatore e, forse, più penetrante il sindacato della Corte. Peraltro, l'efficacia prescrittiva di tale disciplina sarebbe comunque condizionata dal tipo di fonte utilizzata per vincolare il legislatore. Come

16. Cfr. M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Rivista di BioDiritto*, fasc. n. 1/2017, 11.

17. Cfr. S. PENASA, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., spec. 826 ss.

l'esperienza maturata in riferimento alla l. n. 400 del 1988 insegna, disciplinare il procedimento legislativo tramite una legge ordinaria (priva, dunque, di una specifica e solida copertura costituzionale) potrebbe rivelarsi, in concreto, uno sforzo del tutto inutile. Una possibile alternativa alla prospettiva appena illustrata consiste nel valorizzare, come luogo naturale per l'acquisizione del dato scientifico, non più il procedimento legislativo, bensì il procedimento amministrativo, inteso come la «sede ottimale ove perseguire il bilanciamento tra i vari interessi di volta in volta in gioco» (Videtta). Nelle materie tecniche, infatti, la rapidità degli sviluppi tecnologici richiederebbe una regolazione agile e flessibile, capace di adeguarsi prontamente a una realtà (scientifica) in perenne evoluzione (Cecchetti). Il tema, lungamente dibattuto e ancora oggi controverso, che si cela dietro questa prospettiva è, dunque, quello della c.d. «riserva di amministrazione». Nonostante le incertezze della dottrina¹⁸, proprio la recente giurisprudenza costituzionale in materia ambientale sembra sempre più incline a valorizzare questo istituto, almeno ogniqualvolta il legislatore statale – esercitando una propria competenza esclusiva – abbia sancito la forma amministrativa (anziché legislativa) dell'intervento regionale (Cecchetti). Per il momento, si tratta di una valorizzazione indiretta poiché la Corte evoca la riserva con riferimento alle sole leggi regionali e tramite lo schermo del riparto di competenze legislative tra lo Stato e le regioni. In ogni caso, la breccia sembra aperta e – come dimostra la recente sentenza n. 116 del 2020 – pare plausibile un'applicazione sempre più estesa dell'istituto, anche nei confronti di atti legislativi statali. Andrebbe, comunque, evitato che la dimensione *meramente* procedurale della ragionevolezza scientifica prevalesse – sempre e comunque – sulla declinazione sostanziale della medesima. L'acquisizione dei dati scientifici, infatti, non è mai fine a se stessa, bensì sempre funzionale al bilanciamento concreto degli interessi, anche di grado costituzionale, coinvolti dalla decisione. Detto altrimenti: dietro l'istruttoria tecnico-scientifica, anche la più accurata, non potrà mai nascondersi un bilanciamento illegittimo.

Se, dunque, sul versante delle tecniche argomentative la Corte sembra muoversi – anche nel caso delle “questioni tecniche” – secondo i consolidati schemi argomentativi della ragionevolezza, sul versante delle tecniche decisorie sembra, forse, ravvisabile qualche novità più significativa. Innanzitutto, merita una segnalazione – per quanto concerne la materia tributaria – la scelta della Corte di delimitare nel tempo gli effetti della

18. Per tutti cfr. M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Diritto Pubblico*, fasc. n. 3/2000, 673 ss.

dichiarazione di illegittimità costituzionale della c.d. *Robin Hood Tax* (sentenza n. 10 del 2015). In secondo luogo, meritano altrettanta attenzione le anomale additive di principio (sentenze n. 188/2015 e 10/2016) con le quali la Corte ha dichiarato l'illegittimità delle leggi regionali di bilancio piemontesi incapaci di garantire il finanziamento dei servizi sociali (Rivosecchi). In ogni caso, oltre questo primo inquadramento del sindacato della Corte sulle "questioni tecniche" sembra difficile procedere. Individuare quali siano, in concreto, i criteri di giudizio che innervano il giudizio di ragionevolezza sulle leggi *science based* e distinguere nettamente la «ragionevolezza scientifica» (Penasa, 2009, 824) dalla ragionevolezza comune (quella richiesta, per intenderci, alle leggi non connotate scientificamente) paiono, infatti, imprese davvero complicate. Nonostante gli sforzi della dottrina, la ragionevolezza rimane ancora un canone di giudizio piuttosto fluido, difficilmente formalizzabile entro schemi argomentativi rigidi e predefiniti¹⁹. Proprio per questa ragione la motivazione delle decisioni che applicano questo canone di giudizio dovrebbe essere particolarmente attenta a far emergere, con la massima chiarezza possibile, le ragioni costituzionali poste a fondamento della decisione. Più il criterio di giudizio è (per sua natura) lasco, più il tono (costituzionale) della motivazione dovrebbe farsi stringente.

4. Le impressioni che si traggono dalla giurisprudenza costituzionale che affronta questioni tecniche si inseriscono in un quadro di orientamenti e tendenze che caratterizzano le odierne argomentazioni e, più in generale, gli odierni "atteggiamenti" della Corte.

Rivolgere l'attenzione, come è stato fatto nei contributi che qui si raccolgono, alla motivazione delle pronunce costituzionali significa cercare di cogliere come lo stesso modo di motivare è mutato nel tempo e, per il suo tramite, quale ruolo la giurisprudenza costituzionale (e l'organo Corte costituzionale) ha assunto nelle diverse fasi storiche che ha attraversato. Se solo si mettono a confronto le attuali pronunce con quelle dei primi decenni della nostra giustizia costituzionale, il mutamento nella struttura argomentativa è evidente: da motivazioni snelle, perlopiù incentrate sulle disposizioni costituzionali invocate e volte a porre il principio costituzionale da applicare, si è passati a motivazioni articolate, complesse, caratterizzate da una ormai imprescindibile esigenza di ricostruire sia il quadro normativo di riferimento (regionale, nazionale e sovranazionale),

19. Cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., 170 ss.

sia i diversi orientamenti giurisprudenziali (di legittimità, di merito e sovranazionali). Certo, nei suoi primi decenni la giurisprudenza della Corte costituzionale era impegnata nella definizione della portata normativa delle disposizioni costituzionali e nel controllo sulla compatibilità delle leggi pre-repubblicane con i principi costituzionali. Oggi, le questioni di legittimità sono indubbiamente più complesse, nel senso che alla complessità derivante da una società sempre più pluralista dal punto di vista delle esigenze che pretendono tutela (e, dunque, inevitabilmente caratterizzata da contrapposizioni) si aggiunge la complessità derivante dalla pluralità di fonti del diritto e di giurisprudenze che pretendono, tutte, di avere tono costituzionale. La tecnicità delle questioni di legittimità costituzionale (nel senso ampio sopra descritto) entra allora nella decisione e impregna di sé l'argomentazione.

5. Vi sono argomenti retorici che ritornano nella motivazione, a prescindere dalla specificità della materia in cui la questione di legittimità costituzionale è posta.

Sempre presente è il riferimento al precedente, all'orientamento già espresso in una passata decisione. Un legame che è venuto, però, allentandosi. Da garanzia della continuità giurisprudenziale esso è divenuto motivo di cambiamento: se un tempo era facile trovare nelle decisioni costituzionali affermazioni secondo le quali non era possibile discostarsi dal proprio precedente perché i cambiamenti di rotta appartengono al legislatore e non alle corti giudiziarie, ora è più frequente leggere affermazioni secondo cui, nonostante il precedente e stante l'inerzia del legislatore, è costituzionalmente doveroso mutare la rotta.

Numerosi sono gli *obiter dicta* accanto alla *ratio decidendi*. Spesso, però, i primi assumono una rilevanza e un'attenzione maggiori rispetto alla seconda, perché ciò che è detto incidentalmente in una pronuncia si auspica che possa fungere da *ratio decidendi* in una successiva. Si potrebbe dire che la Corte ricorrendo agli *obiter* in fondo "tasta il terreno", mette sul piatto una possibile interpretazione, una possibile posizione, una possibile costruzione argomentativa stimolandone commenti e osservazioni che potranno tornare utili in occasione di future decisioni.

Imprescindibile è ormai il ricorso alla ragionevolezza. Imprescindibile, nel senso che ogni decisione affonda nella valutazione sulla ragionevolezza o irragionevolezza della scelta legislativa oggetto della questione di legittimità costituzionale. Essa sembra assumere le forme di una sorta di argomento *passerpartout*, perché, al di là dello sforzo tentato dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza costituzionale di declinarne il contenuto, che

cosa significhi ragionevolezza sembra essere deciso, di volta in volta, dalla stessa Corte costituzionale.

Costante è altresì il richiamo alla discrezionalità del legislatore. Un tempo essa fungeva da spartiacque tra l'esercizio della funzione legislativa e l'esercizio di quella giudiziaria, dinanzi alla quale la decisione della Corte si arrestava: solo una soluzione costituzionalmente obbligata avrebbe consentito il superamento di quel limite. Ora, tale limite è divenuto valicabile, anche in presenza di una pluralità di soluzioni tutte costituzionalmente possibili. Non si pretende più che la rima sia obbligata; è sufficiente che sia possibile.

Sono, quelle riportate, trasformazioni di argomenti retorici tipici della giurisprudenza costituzionale che denotano un mutamento, come si diceva, non solo nel modo di argomentare, ma anche nel modo in cui la Corte stessa si pone nel rapporto con gli altri organi costituzionali. La declinazione della ragionevolezza della legge in termini di proporzionalità, ad esempio, non rischia di introdurre, attraverso la verifica della idoneità della scelta legislativa rispetto al fine perseguito, una sorta di controllo sulla "motivazione" della legge? L'introduzione nel sistema, attraverso una declaratoria di incostituzionalità, di una norma costituzionalmente possibile, che poggia su previsioni normative già presenti nell'ordinamento e rinvenibili nello specifico settore oggetto del giudizio, seppur accompagnata dall'invito a intervenire rivolto al legislatore, non contribuisce a erodere lo spazio discrezionale riconosciuto a quest'ultimo?

6. Il giudizio di legittimità costituzionale è ormai un giudizio "concreto".

Che della motivazione faccia parte la descrizione del fatto è indubbio. Da tempi risalenti, infatti, si afferma che la conoscenza di determinati dati di fatto serve al giudice delle leggi «per comprendere lo stesso significato della [disposizione], per cogliere la vita concreta del diritto; che non sono considerati come oggetto della previsione legislativa, sebbene come elemento che la qualifica, che la chiarisce»²⁰; che «la descrizione della fattispecie è già di per sé motivazione»; e che vi è un «*continuum* inscindibile nelle sue linee interne costitutive tra le componenti strutturali della decisione, al di là di ogni possibile sbarramento nominale». Rispetto a queste affermazioni la novità sta nel constatare che quegli stessi dati di fatto assumono oggi un ancora più pregnante ruolo: servono al giudice delle

20. A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1335 ss.

leggi non solo per illuminare il contenuto della disposizione, ma anche per controllarne la conformità o difformità rispetto alle esigenze del caso concreto. Il caso concreto preme non più solo nel momento (che potrebbe dirsi propedeutico) in cui la questione di legittimità deve essere sollevata (consentendo l'emersione di problematiche di rilievo costituzionale che altrimenti rimarrebbero sommerse), ma anche nel momento (finale) in cui la decisione costituzionale è assunta. L'attenzione che la Corte costituzionale riserva alla ricostruzione del caso concreto da cui nasce la questione di costituzionalità rende plasticamente questa constatazione.

Si potrebbe dire che è mutata la prospettiva: un tempo ci si chiedeva quanto il quadro politico-ideologico consentisse di comprendere la motivazione della decisione; oggi ci si domanda quanto la motivazione consenta di comprendere l'impatto che la pronuncia può avere nel contesto in cui è destinata a operare.

La motivazione sembra arricchirsi dunque di motivi: dietro alla motivazione di diritto e di fatto stanno le reali, effettive, concrete ragioni dell'argomentare della Corte (di volta in volta, l'incidenza sul sistema normativo; l'assetto socio-economico; la continuità dello Stato, ...).

7. Imprescindibile per ogni decisione giudiziaria, e forse ancor di più per quella costituzionale, è il rapporto tra il dispositivo e la sua motivazione: gli effetti di una decisione sono individuati dal dispositivo; ma spesso la sua effettiva portata non può essere determinata se non attraverso il richiamo alla parte motiva. Ciò è sempre stato evidente nelle c.d. sentenze interpretative; ma non può che valere ormai per tutte le tipologie di decisione costituzionale.

La motivazione è, dunque, parte costitutiva della decisione, poiché la capacità persuasiva di una pronuncia (nel senso non necessariamente dell'ottenere consenso e approvazione, ma nel senso minimo dell'ottenere comprensione) giace nella motivazione. Riprendendo le parole del giudice costituzionale prof. Nicolò Zanon utilizzate nella sua introduzione a questo volume, «la motivazione appare come ciò che regge la "forza" della pronuncia costituzionale, la sua autorevolezza e persuasività».

Si potrebbe allora dire che la motivazione è essa stessa decisione.

8. La motivazione è il principale veicolo di legittimazione della stessa giustizia; è il luogo, lo strumento, il momento della trasparenza, della coerenza della decisione adottata e del renderne conto. Ha un'unica e fondamentale funzione: legittimare la decisione con cui si esprime il potere pubblico. La motivazione deve essere pubblica per consentire a tutti i cit-

tadini di conoscere le ragioni della decisione e di sindacare eventualmente l'operato della stessa Corte, ancorché – ma, forse, a maggior ragione – si tratti di decisioni non impugnabili. La motivazione della sentenza costituzionale assolve a un ruolo essenziale nella dinamica ordinamentale, «perché consente alla Corte di acquisire il consenso dei destinatari della decisione sulla conformità di quest'ultima alla tavola dei valori formalizzata in Costituzione e, quindi, serve a rinnovare quotidianamente il patto costituzionale su cui si regge l'intero ordinamento»²¹.

Attraverso la motivazione, dunque, la Corte costituzionale – come è stato detto dalla Presidente della Corte costituzionale prof.ssa Marta Cartabia – «si mette “in dialogo” con i destinatari delle sue pronunce», così rispondendo «alla domanda di giustizia costituzionale presente nella società e nelle aule giudiziarie». L'incremento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione, dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei conti conferma «la preziosa propensione delle supreme corti del nostro ordinamento a collaborare per il comune fine di diffondere i principi costituzionali in ogni piega dell'ordinamento»²².

L'evoluzione che, nel tempo, il modo di argomentare ha subito sembra, tuttavia, allontanare la Corte dal raggiungimento di questo compito. Le decisioni sembrano rivolgersi perlopiù agli “esperti”, a quegli stessi soggetti che si sono rivolti alla Corte costituzionale, intendendoli così come i suoi naturali destinatari, chiamati poi a fare da tramite fra il giudice delle leggi e la più vasta opinione pubblica che si affida al giudizio dei primi circa la correttezza dell'operato della Corte. La tecnicità delle questioni di legittimità costituzionale e della motivazione della decisione costituzionale chiudono le porte a una lettura diffusa delle sue pronunce. Il dialogo si stringe intorno ai soli organi costituzionali competenti (giudici e legislatore), lasciando fuori proprio quei soggetti che, se si concorda col ritenere che la peculiarità della giustizia costituzionale consiste nell'aspirazione a stabilizzare le regole fondamentali della convivenza politica e a difenderle dalla minaccia del potere arbitrario, dovrebbero essere i suoi primi destinatari, i cittadini.

Paradossalmente, proprio la motivazione è causa della distanza tra la Corte costituzionale e l'opinione pubblica. Una distanza di cui lo stesso

21. A. SAIITA, *Gli effetti «motivanti» del contraddittorio nel processo costituzionale*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 1998, 570.

22. *Relazione annuale dell'attività della Corte costituzionale nel 2019*, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2020, 4.

giudice delle leggi si è reso conto e che ha cercato di colmare attraverso l'introduzione e l'ampio ricorso ai comunicati-stampa, brevi sintesi delle decisioni costituzionali, in cui sono riportati la questione di legittimità costituzionale e i principali percorsi argomentativi su cui si fonda il dispositivo; comunicati stesi dalla stessa Corte, consapevole del pericolo che sarebbe potuto derivare da un eventuale fraintendimento del contenuto della pronuncia e la conseguente divergenza tra quel contenuto e quello del comunicato-stampa.

La *ratio* di questa forma di comunicazione è evidente: rendere comprensibili alle persone comuni le decisioni costituzionali. Ma è questo il punto: questa comprensione delle sue pronunce, questa vicinanza tra Corte costituzionale e opinione pubblica vanno sì riconquistate; ma, forse, non attraverso l'utilizzo di comunicati che rischiano, proprio per la stringatezza che li caratterizza, di attirare l'interesse del lettore sull'esito del giudizio, così svilendo il percorso argomentativo posto a fondamento della decisione, quanto piuttosto attraverso il ricorso a motivazioni chiare, semplici, comprensibili, accessibili. Ove semplicità non deve essere scambiata per semplificazione: come si è detto, e come sottolinea il giudice Zanon nella sua introduzione, le questioni di legittimità costituzionale sono necessariamente complesse; ai giudici costituzionali si chiede non di semplificare la questione, ma di giustificare le soluzioni costituzionali adottate attraverso l'uso di una struttura argomentativa completa ma di immediata comprensione; analitica ma non per questo oscura; semplice, ma non per questo apodittica.

È la motivazione la "voce" della Corte costituzionale, ed è attraverso questa che la Corte può (deve) assolvere all'importante compito di contribuire alla diffusione della cultura costituzionale.

Matteo Losana e Valeria Marcenò

Introduzione

Nicolò Zanon

Su alcune questioni e tendenze attuali intorno alla motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, tra forma e sostanza

SOMMARIO: 1. Preliminarmente: la Corte e la sua legittimazione. – 2. Sentenza o ordinanza? Tendenze recenti. – 3. Collegialità e solisti. – 4. Tra motivazioni apodittiche e argomentazioni fluviali, il giusto mezzo? – 5. «Vile, tu uccidi un uomo morto!»: la Corte e le motivazioni “parallele”. – 6. Conta il collegio.

1. *Preliminarmente: la Corte e la sua legittimazione*

Questo volume studia le motivazioni delle pronunce costituzionali, laddove esse debbano misurarsi con specifiche e particolari questioni “tecniche”. Si tratta di questioni assai specifiche, molto diverse l’una dall’altra, assai ben analizzate dai diversi autori, e altrettanto bene introdotte da Valeria Marcenò e Matteo Losana. Preferisco perciò riferirmi, in questo scritto, a più elementari problemi di struttura della motivazione, in cui, peraltro, forma e sostanza, logica e argomentazione, come si vedrà, si richiamano a vicenda, disvelando problemi non sempre banali.

Debbo tuttavia svolgere una premessa, cui tengo particolarmente.

Poiché contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione (art. 137, comma 3, Cost.), la motivazione di tali decisioni non parrebbe avere il tradizionale rilievo “endoprocessuale” che hanno le decisioni dei giudici comuni. Ciò, nel senso che la motivazione con cui la Corte si è espressa in un certo provvedimento non può essere *diretto* oggetto di un’ulteriore pronuncia, della stessa Corte o di altro giudice. Beninteso, almeno nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, la motivazione della pronuncia costituzionale ha sicuro rilievo per il prosieguo del processo principale, potendo indirizzare in vario modo il giudice *a quo*; e anche nelle altre tipologie di giudizio costituzionale la motivazione delle pronunce costituzionali precedenti avrà importanza, innanzitutto per la stessa Corte, in vista della risoluzione delle questioni successive analoghe, in cui essa dovrà valutare se restar ferma ai

propri precedenti oppure se modificarli. La motivazione della pronuncia precedente avrà, inoltre, un particolare rilievo nei casi in cui la Corte sia successivamente investita di una questione che lamenta la violazione del giudicato costituzionale.

In questo scritto, tuttavia, si prescinde da queste ipotesi, come da qualunque riflessione di natura processuale sul valore dei precedenti nei giudizi costituzionali, e l'attenzione si concentra sul rilievo essenzialmente extraprocessuale o "esterno" della motivazione delle pronunce costituzionali.

Dunque, la motivazione che sostiene la decisione costituzionale è qui analizzata in quanto rivolta all'intero ordinamento giuridico, all'ambito istituzionale dei poteri, e, più in generale, a tutti gli "utenti" della giustizia costituzionale, meglio ancora a quella che è stata definita la "comunità aperta degli interpreti della Costituzione": giudici, avvocati, studiosi, cittadini. Da questo punto di vista, la motivazione appare come ciò che regge la "forza" della pronuncia costituzionale, la sua autorevolezza e persuasività. È, del resto, da sempre, lo strumento essenziale per la costruzione della legittimazione della Corte nell'ordinamento.

Si tratta, certo, di una considerazione scontata. Ma sembra tanto più necessario ripeterla, nel momento in cui la Corte costituzionale stessa sembra cedere all'idea che la propria legittimazione dipenda anche da altro, ad esempio dalle cd. "aperture alla società civile", in particolare (ma non solo) dai "viaggi" all'esterno del proprio palazzo, soprattutto nelle carceri, o dall'utilizzo "disinvolto" dei comunicati-stampa o dei cd. *social*.

Sono prassi, queste ultime, rispetto alle quali ho manifestato e continuo a manifestare perplessità, che ritengo di poter rendere pubbliche, non trattandosi di questioni "giudiziarie" coperte dal riserbo della camera di consiglio.

In verità, penso che la Corte costituzionale, come del resto tutti gli organi giudiziari o affini, dovrebbe esprimersi essenzialmente attraverso le proprie pronunce; affermazione che, chissà perché, sembra esser oggi ritenuta insufficiente e stantia. Anche nei settori più delicati, come quello dell'ordinamento penitenziario, contano le sentenze, con le relative motivazioni. E mi parrebbe importante che tali pronunce risultino pronunciate da un collegio che mantiene la "giusta distanza"¹ dai drammi del carcere, così come la medesima distanza va del resto mantenuta da ogni altro

1. Visto il docu-film sul "Viaggio nelle carceri" di alcuni giudici costituzionali, per restare in ambito cinematografico vien da far riferimento al film di Carlo Mazzacurati, *La giusta distanza* (2007), che narra di un giornalista il quale, per ragioni di coinvolgimento

“ambiente” e da ogni altro possibile “utente” della giustizia costituzionale. In effetti, se questa distanza viene selettivamente ridotta in riferimento a determinati settori, dove e perché ci si dovrebbe arrestare? Perché mai, dopo la visita nelle carceri, non condurre i giudici costituzionali a rendere omaggio anche ai familiari delle vittime di determinati reati, o nei centri in cui sono ammassati i migranti, o negli ospedali in cui soffrono i malati? In fin dei conti, anche in tali ambiti vi è più di qualche principio costituzionale di tutela, solidarietà, compassione, da affermare...

La necessità di mantenere questa giusta distanza, ai miei occhi ovvia, non comporta affatto che i giudici costituzionali siano inconsapevoli dei problemi e dei contesti (magari di acuta sofferenza) in cui le loro pronunce si devono inevitabilmente calare. Significa, invece, preservare i tratti essenziali dell'imparzialità (e dell'apparenza d'imparzialità, altrettanto importante) e dell'assenza di pregiudizio: ovvero, le caratteristiche fondamentali di un organo che, pur possedendo un'anima in senso lato “politica”, non cessa di essere, in primo luogo, garante “giudiziario” della Costituzione.

La Corte costituzionale, a mio modo di vedere, non coltiva specifici obbiettivi e programmi caritatevoli o salvifici da realizzare, oltretutto scelti con la discutibile selettività cui si accennava. Ciascun giudice può essere, nel proprio foro interiore, compartecipe delle sofferenze drammatiche dei malati, dei migranti, dei carcerati, o di qualunque altra categoria di soggetti: ma ciò attiene alla sfera della sensibilità e della libertà individuali, non può invece, come parrebbe si voglia, caratterizzare l'immagine e la funzione dell'organo nell'ordinamento.

Non credo, ancora, che la Corte costituzionale abbia “messaggi” da veicolare, diversi da quelli desumibili dalla sua giurisprudenza su un dato argomento. Penso anzi che la Corte non esibisca, per definizione, un programma o un indirizzo da realizzare né da annunciare come “lieta novella” in visite esterne agli ambienti più disparati. Certo, c'è da far rispettare la Costituzione. Ma questa generica affermazione non può, da sola, reggere o giustificare alcun “programma” o “indirizzo” giudiziario definito, e annunciabile *a priori*.

Dubita giustamente Adriano Sofri che la responsabilità di essere giudici della coerenza tra le leggi e la Costituzione possa tranquillamente accompagnarsi al compito di essere “educatori alla Costituzione”?. Questo porrebbe in causa anche i viaggi dei giudici nelle scuole, che mi paiono per

personale, non riesce a mantenere un atteggiamento professionalmente corretto rispetto a un grave fatto di cronaca.

2. Su *Il Foglio*, 3 giugno 2020.

vero più innocui, in quanto siano dedicati a diffondere un'informazione sulla Corte, in una forma un poco più raffinata e solenne di quella che avveniva o avviene tramite la tradizionale educazione civica. Resta, però, che ognuno deve fare il proprio mestiere. E avrei gli stessi dubbi di Sofri se anche i viaggi nelle scuole si trasformassero in peregrinazioni volte a diffondere una sorta di "catechismo costituzionale", in cui giudici-militanti indicano a studenti e studentesse i "valori" costituzionali di volta in volta, a loro avviso, minacciati e da difendere.

Individuare modi, strumenti e argomenti attraverso cui la Costituzione è giudizialmente da custodire, salvo casi-limite in cui tutto è chiarissimo, è delicata questione di interpretazione, e questa interpretazione non può che essere il faticoso risultato di decisioni su questioni concrete, all'esito, appunto, di una elaborazione giurisprudenziale. Se poi, per avventura, da questa giurisprudenza, in quanto costante e coerente, si possano trarre "messaggi", essi dovrebbero essere comunque raccolti e sistematizzati non tanto dalla stessa Corte ma da altri, dalla dottrina in primo luogo (come dirò meglio più avanti). Più discutibile, io penso, è che essi siano oggetto di "predicazione" da parte di giudici costituzionali che escono dal palazzo, "si aprono" alla società civile e diffondono il "verbo" (ma quale?). È certo questione di stile, ma anche (a ben vedere) di una minimale applicazione del principio della separazione dei poteri: nel senso che una volta che la Corte ha deciso una data questione, non sono sicuro possa altresì arrogarsi il potere di diffondere, spiegare, commentare, approfondire il senso di quella stessa decisione.

In ogni caso, e soprattutto, la Corte, e i suoi giudici, non dovrebbero mai lanciare messaggi "in anticipo", perché il senso complessivo di una giurisprudenza, se è appunto costante e coerente, si coglie semmai *a posteriori*, e non può essere preventivamente annunciato: ancora una volta ne va, anche per il giudice costituzionale, dell'assenza di pregiudizi in camera di consiglio, e della garanzia dell'imparzialità (e della apparenza di quest'ultima).

2. *Sentenza o ordinanza? Tendenze recenti*

Venendo ora davvero ad alcuni problemi attuali relativi alla motivazione delle decisioni costituzionali, vi sono alcune prime ed elementari questioni, relative all'involucro esteriore che le contiene (sentenza o ordinanza), nonché alla scansione delle due parti tradizionali della decisione (*Ritenuto in fatto e Considerato in diritto*).

Vorrei evitare di addentrarmi in problemi processuali complessi. Del resto, sono ben note le regole che presiedono alla scelta tra sentenza e ordinanza. Mi sembra invece più interessante, in questa sede, segnalare che la prassi recente mostra una certa generale insofferenza rispetto alla forma dell'ordinanza: le proposizioni necessariamente iniziate da un "che" sembrano risultare troppo costrittive e soffocanti, al punto che questioni manifestamente infondate vengono opportunamente "convertite" in infondatezze e basta, per consentire alla Corte di non doversi cimentare con i "considerando" di origine francese...

Ancora, e fondamentalmente per la stessa ragione, si contano ormai anche varie *sentenze* di inammissibilità "semplice", cioè vere e proprie pronunce di inammissibilità in rito fondate su "vili" ragioni processuali: non già, quindi, sentenze di inammissibilità determinate dal riscontro dell'esistenza di una discrezionalità legislativa nella scelta del modo di rimediare a un *vulnus* pur riconosciuto esistente (secondo la apparentemente abbandonata tipologia delle incostituzionalità "accertate ma non dichiarabili"). Anche ad esse si ricorre con la giustificazione che i discorsi da fare sono "complessi" e un'ordinanza sarebbe a questo fine scomoda.

Ebbene, mi si lasci spezzare una lancia in controtendenza. La forma tradizionale dell'ordinanza costringe all'ordine logico, alla misura espositiva, alla precisa scansione degli argomenti. Ne sono archetipo le ordinanze che chiudono la prima fase del giudizio per conflitto tra poteri dello Stato. Le volte che ho dovuto redigerne (di ammissibilità o di inammissibilità) ne ho sperimentato tutta la difficoltà, ma anche le potenzialità: si possono esprimere concetti anche complessi con poche, stringenti parole, e nell'ambito di una sola frase. Ma è un discorso che vale in generale, per tutte le ordinanze. Anche un'ordinanza di manifesta inammissibilità per difetto di rilevanza, ad esempio, possiede le stesse virtù: l'ordine degli argomenti vi ha una sua geometria precisa, ed esige una precisione quasi matematica: se si sbaglia qualcosa, alla fine della lettura i conti non tornano, bisogna perciò tornare indietro e fare modifiche.

Quanto poi alla divisione tradizionale tra *Ritenuto in fatto* e *Considerato in diritto*: vi è chi ne pratica versioni semplificate, e forse non a torto. La ripetizione pedissequa, nelle due parti, di identiche frasi e uguali paragrafi è talvolta stucchevole, nonché ingombrante, particolarmente nei giudizi in via principale che presentano numerose questioni, e comunque nei ricorsi più corposi. Nondimeno, la necessità di dar esaustivo conto, nel "fatto", di tutti gli argomenti avanzati dalle parti, anche di quelli che non saranno ripresi nel "diritto", mantiene intatta tutta la sua evidenza. Soprattutto, nel "diritto", resta centrale il cosiddetto "fattino": esso non può consistere

nella mera ripetizione di quanto esposto nel *Ritenuto in fatto*, deve invece evidenziare con chiarezza il modo in cui la Corte ricostruisce, e “legge”, le questioni sollevate, ai fini della decisione. È il momento cruciale, sul quale va posta attenzione peculiare, perché molto, se non tutto, ne dipende.

3. Collegialità e solisti

Seconda, elementare questione: lo stile della motivazione (in particolare del *Considerato in diritto*), nel senso delle qualità formali della scrittura. La sentenza ha un redattore, sicché lo stile non può che essere il suo. Frasi brevi o addirittura contratte, e semplici, oppure proposizioni lunghe e complesse: ciò dipende, appunto, dal redattore. Naturalmente, sia pur entro certi limiti, il collegio in sede di lettura può intervenire, sciogliendo paragrafi debordanti, o al contrario distendendo ragionamenti troppo introversi.

La forma, in ogni caso, conta e può diventare facilmente “sostanza”. La forma delle pronunce è la carta da visita immediata della Corte. Qui, importa ricordare che la Corte è appunto, e *in primis*, un organo collegiale, non un mero aggregato di individualità. Allo stato attuale del diritto, i singoli giudici non sono autonomi organi costituzionali, dotati di separato potere di espressione “esterna”. La mancanza della *concurring* e della *dissenting opinion*, come noto, accentua la collegialità. Induce, infatti, coloro che non hanno condiviso una decisione a non sottrarsi alla necessità di collaborare con la maggioranza del collegio nella redazione della relativa motivazione, cercando per quanto possibile di influire su di essa. In tale complessivo contesto, un'eccessiva originalità nello stile della scrittura può costituire un problema, giacché accredita, invece, l'idea di una Corte costituita di solisti, e finisce per rafforzare l'impressione, peraltro a quanto pare diffusa tra gli osservatori esterni, di una certa “personalizzazione delle funzioni”, per riprendere un'espressione in voga in magistratura ordinaria negli anni settanta³.

Anche la distinzione della motivazione in paragrafi e sotto-paragrafi può diventare *issue* complessa, fonte di qualche discussione. Le sentenze

3. Nella magistratura ordinaria, in particolare negli uffici di Procura, si ragionava un tempo di “personalizzazione delle funzioni” per descrivere il fenomeno secondo cui ciascun sostituto si considerava *dominus* delle pratiche che gli erano affidate, e si riteneva perciò, come il giudice, soggetto solo alla legge, di certo non alle istruzioni e alle direttive del Procuratore.

delle Corti europee esercitano una certa attrattiva. Capita così di ricevere in lettura motivazioni ispirate a quei modelli, in cui ad ogni frase corrisponde un numeretto, come se fosse un vero e proprio paragrafo. Forse, bisognerebbe almeno stipulare che ad ogni numero di paragrafo debba corrispondere un passaggio motivazionale identificabile e isolabile, altrimenti la pratica parrebbe priva di utilità e di senso. La verità è che anche la suddivisione della motivazione in paragrafi e sotto-paragrafi è alquanto personale e, fatta salva la plausibilità razionale delle scelte compiute da ciascuno, non è facile (e forse non è del tutto opportuno) imporre modelli standardizzati e uniformi.

4. *Tra motivazioni apodittiche e argomentazioni fluviali, il giusto mezzo?*

Oltre una certa soglia, i problemi appena accennati non sono proprio più questioni di forma. È infatti nettamente questione di sostanza se la motivazione debba essere il più possibile concisa, oppure abbia da presentarsi analitica e, quasi, didascalica: quesito, del resto, tradizionale e ben noto ai giudici di ogni tempo e latitudine. Nella mia esperienza, la scelta è spesso questione di storia professionale: mentre il giudice di carriera tende a scrivere più brevemente e a privilegiare la sintesi, l'accademico indulge più volentieri a pensieri complessi e distesi. Talvolta, è anche questione del grado di conoscenza della materia: si è capaci di sintetizzare meglio e di più ciò che meglio e di più si conosce, mentre una preparazione approssimativa o recente può indurre a lunghi discorsi (destinati a chiarire innanzitutto le idee allo stesso redattore...). Inoltre, e soprattutto, più si scrive, più si inanellano *obiter dicta*, peggio è, potrebbe dirsi, giacché in tal modo si seminano affermazioni che, in futuro, potrebbero essere scomode o ingombranti. Nella motivazione dovrebbe emergere la sola *ratio decidendi*, e comunque solo i corollari di motivazione a questa strettamente connessi.

In proposito, restano a me chiari solo alcuni aspetti. Intanto, è sempre questione di modo e misura. Se pronunce apodittiche sollevano seri interrogativi (la Corte dice poco, o troppo poco: perché ha poco da dire oppure perché non è per niente convinta della scelta?), sentenze fluviali rischiano invece l'irrilevanza, perché nessuno, banalmente, le leggerà mai per intero. A loro volta, pronunce che a tutti i costi vogliono "fare il punto" della giurisprudenza su una data questione risultano a mio modo di vedere velleitarie, anche perché rubano il mestiere alla dottrina, cui

dovrebbe spettare, credo, il compito di indicare connessioni e dissonanze, conferme e smentite. Ci sono però casi assai importanti, in cui non è affatto inopportuna una breve ricapitolazione degli orientamenti precedenti, appunto per meglio inquadrare quel che ci si appresta a motivare: conferme, smentite o evoluzioni della giurisprudenza costituzionale.

Certo, conta anche l'importanza oggettiva delle *issues* da discutere e risolvere. Ma è un criterio discutibile, a sua volta. Possono esserci questioni serissime e cruciali, circondate anche da attenzione mediatica, risolte con poche battute, e viceversa. Del resto, non vedrei perché mai, ad esempio, si debbano riservare ampi ragionamenti alla legge elettorale politica o al fine-vita, e debba trattarsi con noncurante velocità, per dire, una questione di competenza in tema di "grandi derivazioni idroelettriche": anche quest'ultima merita argomenti persuasivi e completi, ed è in fin dei conti destinata a una platea di utenti (legislatore statale, legislatori regionali, imprese pubbliche e private) che attende lumi...

5. «Vile, tu uccidi un uomo morto!»: la Corte e le motivazioni "parallele"

Talvolta le cose sono un po' più complesse, e comunque sfuggono alla dicotomia "sintesi vs. analiticità".

Accade, talvolta, che la *ratio decidendi* della decisione non sia una sola, ma più d'una concorra al medesimo risultato: ne è esempio il caso in cui più parametri costituzionali, tutti correttamente evocati nell'atto introduttivo del giudizio, portino, per distinte vie, all'accoglimento delle questioni (sono, appunto, *diverse* questioni di legittimità costituzionale) e la Corte – una volta pronunciata l'illegittimità costituzionale in riferimento a uno solo di tali parametri – ritenga di non fermarsi, di non ricorrere alla tecnica dell'assorbimento, bensì di sottolineare che l'illegittimità costituzionale sussiste anche al lume di un ulteriore, diverso, principio costituzionale⁴. Facile obiettare che non è corretto procedere così, perché, in tal modo, la Corte "uccide un uomo morto". Logicamente e cronologicamente, in effetti, come si fa a scrutinare una disposizione appena

4. Ne è esempio (ma è solo quello che più facilmente ricordo) la sentenza n. 178 del 2017, in materia di spese di giustizia, che dichiara incostituzionale una disposizione in tema di compensi al consulente tecnico di parte, sia per violazione dell'art. 3 Cost. (ragionevolezza), sia per violazione dell'art. 24 Cost. (diritto di difesa): e dal complesso della pronuncia emerge chiaramente la volontà di sottolineare questa seconda lesione.

dichiarata incostituzionale? Invero, la questione può essere ulteriormente problematizzata. La motivazione di un unico provvedimento vive in un unico spazio temporale, caratterizzato da contemporaneità? Se così fosse, le due dichiarazioni potrebbero, quantomeno logicamente, coesistere. Se, invece, quel che si è detto in un paragrafo precedente della motivazione è accaduto “nel passato”, e bisogna ormai tenerne conto nella ricostruzione del significato della disposizione, la seconda dichiarazione sarebbe priva di senso, appunto perché la disposizione è già stata caducata⁵...

In realtà, non se abbiano a male i cultori della logica, quando la Corte dichiara, distintamente (cioè sulla base di autonomi percorsi di motivazione), l'illegittimità costituzionale di una disposizione, al lume di diversi parametri (distintamente evocati), ciò accade perché vuol proprio lasciare traccia chiara di particolari *rationes decidendi* e arricchire così la forza di precedente della propria decisione. Non è detto che sia un male.

Ben distinta da quella appena descritta è l'ipotesi in cui il parametro costituzionale (o i parametri) di riferimento sia sempre lo stesso, ma le strade per sottolinearne la violazione siano più d'una, si dipanino in direzioni sensibilmente diverse tra loro, e ciononostante la Corte ritenga, in motivazione, di percorrerle tutte, senza escluderne alcuna. In modo ancora più evidente rispetto al caso precedente si hanno qui, per così dire, più “motivazioni parallele” e tra loro “concorrenti”⁶, situazione in cui potrebbe essere giustificata qualche perplessità. Può darsi che, nella maggior parte dei casi indicati, la Corte esamina in realtà distinti “profili” della medesima questione di legittimità costituzionale. Ma non è detto che la soluzione sia così semplice, soprattutto quando le motivazioni “parallele” percorrono realmente strade ben diverse tra loro. Il fatto è che, talvolta, non è possibile ridurre a unità questioni realmente complesse. Più che in altri casi, la sensibilità individuale del redattore viene qui in rilievo diretto. Se, soprattutto in casi del genere, va combattuta ogni *hybris* ed evitato

5. In questa direzione sembra andare la sentenza n. 192 del 2015, ancora in materia di spese di giustizia, in cui la Corte dichiara non fondata una certa questione appena dopo averne accolta una precedente, con pronuncia che aveva eliminato in radice il vizio che si lamentava nella seconda: «La ragionevolezza della norma va misurata sulla sua effettiva portata precettiva, come risultante, tra l'altro, dall'odierno intervento di questa Corte».

6. Un esempio di ciò è la sentenza n. 253 del 2019, in cui la disciplina che assegna carattere assoluto alla presunzione di attualità di collegamenti del detenuto con la criminalità organizzata viene ritenuta incostituzionale, sempre per violazione dei medesimi artt. 3 e 27 Cost., ma sotto tre profili, definiti «distinti ma complementari», che danno luogo a tre separati percorsi motivazionali (cfr. i §§ 8.1, 8.2 e 8.3 del *Considerato in diritto*).

ogni vanesio auto-compiacimento nella scrittura, bisogna pur prendere atto della complessità delle cose e affrontarla integralmente.

6. *Conta il collegio*

Come che sia di quanto detto finora, giudice accademico o di carriera, giudice-esperto del settore o giudice-neofita, tutti devono fare i conti con la funzione essenzialmente extra-processuale della motivazione. Attraverso di essa, si diceva all'inizio, continua a giocarsi la legittimazione della Corte.

Anche le pronunce della Corte costituzionale, come quelle di qualunque giudice, devono essere comprensibili a tutti, o ai più. Ciò dovrebbe richiedere, in generale, motivazioni argomentate sempre in modo completo. La pur doverosa concisione non dovrebbe quindi mai sconfinare nell'oscurità o nell'apoditticità. E se devo confessare il mio, personale, *penchant*, dichiaro che esso ricade più verso l'analiticità che non verso la sintesi. Credo perciò che sia sempre bene svolgere con ordine e pazienza le argomentazioni, e scandire con cura i diversi passaggi logici. Ciò comporta, inevitabilmente, un faticoso lavoro di progressiva approssimazione a quella che (mi) appare una forma corretta del provvedimento. Ovviamente, talora, il risultato finale del mio lavoro si manifesta eccessivo, in termini di complessità, lunghezza e, appunto, analiticità. Ma, in funzione correttiva e propositiva, contano in prima battuta gli assistenti di studio, preziosissimi sempre, tanto più quando sono sinceri e spietati con il loro giudice.

In ultima istanza, infine, è decisivo il collegio dei giudici, in sede di lettura finale: a conferma del fatto che proprio nella collegialità più genuina sta il segreto del successo della Corte costituzionale italiana.

Come decide la Corte dinanzi a questioni “tecniche”: la materia elettorale

SOMMARIO: 1. Premessa: regole processuali e modo di argomentare. – 2. La “politicalità” della materia elettorale: discrezionalità legislativa vs. giudizio di ragionevolezza. – 3. Modo di argomentare e decidere ed effetti delle decisioni di accoglimento. – 3.1. Sull’organo già eletto. – 3.2. Sulla legge elettorale “costituzionalmente necessaria”.

1. *Premessa: regole processuali e modo di argomentare*

L’obiettivo che si sono proposti i curatori del ciclo di seminari prima e di questo Volume poi è quello di indagare se il modo di argomentare della Corte costituzionale è condizionato dalla peculiarità della materia oggetto del giudizio.

Ponendosi in questa prospettiva, è chiesto di analizzare più il “merito” delle decisioni che non eventuali peculiarità del processo costituzionale.

Si proverà dunque di seguito ad elencare quelli che paiono – a chi scrive – i caratteri della materia elettorale (qui comprensiva solo delle norme che regolano il sistema elettorale in senso stretto) che condizionano, appunto, l’argomentare e il decidere della Corte nel sindacato sulle leggi.

Pur così delimitato il campo della nostra indagine, non si può tuttavia non ricordare – almeno in premessa – come anche le regole processuali possano influire sul modo di sindacare e argomentare, e come proprio la materia elettorale fornisca di ciò un limpido esempio.

In questo ambito, infatti, la Corte costituzionale ha scelto di “forzare” le regole del processo costituzionale e, in particolare, quelle che attengono all’accesso al giudizio di costituzionalità, per poter estendere il proprio sindacato alle norme che presiedono all’elezione del Parlamento nazionale.

Poiché l’art. 66 della Costituzione, riservando il giudizio sulle controversie che sorgono nel procedimento elettorale e sullo status degli eletti alla

Camera e al Senato e non all'autorità giudiziaria¹, impedisce che un giudice sollevi questioni di legittimità costituzionale sulle norme che disciplinano tali profili², la Corte, al fine di eliminare una zona franca dal proprio sindacato, ha ammesso, a partire dalla sentenza n. 1 del 2014, poi confermata dalla sentenza n. 35 del 2017, questioni di legittimità costituzionale sulla legge elettorale politica promosse nell'ambito di azioni di accertamento della conformità dell'esercizio del diritto di voto ai principi costituzionali.

Come è stato ampiamente notato dalla dottrina³, così decidendo la Corte ha derogato alla regola processuale della pregiudizialità, che richiede una distinzione tra l'oggetto del giudizio del giudizio a quo e quello del giudizio di costituzionalità.

Che ci si trovi al cospetto di una "deroga" finalizzata a garantire il principio di costituzionalità è confermato dal fatto che la Corte ha am-

1. Anche se la questione meriterebbe sicuramente un esame più approfondito di quello che in questa sede è possibile fare, è bene ricordare come sul punto si sia a lungo ragionato in dottrina della possibilità di ammettere il ricorso al giudice almeno rispetto agli atti adottati nel procedimento elettorale preparatorio. Quest'ultimo – secondo una plausibile interpretazione – potrebbe infatti essere sottratto all'ambito di operatività dell'art. 66 Cost. Sia consentito rinviare, da ultimo, a F. BIONDI, *La verifica dei poteri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il Filangeri*, in *Quaderno*, 2019, 69 ss.

2. Mentre, come altrettanto noto, questioni che attengono al procedimento elettorale o alla composizione di altri organi elettivi possono giungere alla Corte in via incidentale nell'ambito di contenziosi instaurati di fronte al giudice amministrativo (per l'annullamento, ad esempio, del verbale delle operazioni elettorali), ai sensi dell'art. 130 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo). Si vedano, *ex plurimis*, le questioni decise da Corte cost., sentenze n. 43 del 1961, n. 203 del 1975, n. 249 del 1995, n. 107 del 1996, n. 271 del 2010, n. 188 del 2011.

3. Cfr., tra i tanti, A. ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC* n. 2/2014, 3-4; S. Staiano, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista AIC* n. 2/2014, 3; v., inoltre, le osservazioni critiche di R. BIN, intervento al *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, in *Osservatorio costituzionale*, luglio 2014, 12-16. Con diversi accenti, v. A. MANGIA, *L'azione di accertamento come surrogato del ricorso diretto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 giugno 2018; R. ROMBOLI, *La costituzionalità della legge elettorale n. 270/2005: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?*, in *Foro it.*, 2013, 1836 ss.; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e materia elettorale: una decisione storica*, in M. D'AMICO - S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza n.1 del 2014 in materia elettorale*, FrancoAngeli, Milano, 90-109; E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di "supplenza" alla Corte Costituzionale di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in *Rivista AIC* n. 4/2013.

messo questioni così promosse solo quando nel giudizio a quo era chiesto l'accertamento del diritto di voto come disciplinato dalla legge elettorale politica (ordinanza n. 165 del 2016, sentenza n. 35 del 2017) e non anche di altri diritti che possono essere ordinariamente garantiti dinnanzi ad un giudice (sentenza n. 110 del 2015)⁴. Nella sentenza n. 35 del 2017 la Corte illustra ampiamente le ragioni di tale scelta processuale, ossia la necessità di tutelare il diritto fondamentale di voto anche quando esso è esercitato per la composizione dell'organo rappresentativo nazionale, collocato in posizione centrale nella forma di governo parlamentare.

Si tratta di una soluzione al fondo condivisibile e comprensibile, se si considera che la sottrazione delle leggi elettorali al controllo di costituzionalità non è esito espressamente voluto dai costituenti. Essi, quando formularono l'art. 66 Cost., intendevano sottrarre alla conflittualità giudiziaria la composizione delle Assemblee, non anche impedire il sindacato della Corte sulle leggi elettorali. La zona franca è piuttosto una conseguenza che deriva dalle modalità con cui è stato disciplinato il giudizio di costituzionalità, modalità definite "dopo" la scrittura dall'art. 66 Cost.⁵.

In disparte questi profili, pur di estremo interesse, attinenti alle strettoie del giudizio di costituzionalità sulle leggi, ciò che qui preme evidenziare è che anche il modo in cui le censure giungono alla Corte può condizionare l'ampiezza e la tipologia del sindacato che essa è chiamata a svolgere.

Infatti, l'argomentare può risultare diverso se è decisa una questione di legittimità costituzionale nata in un giudizio concreto, originata da un "caso", rispetto alle ipotesi in cui le questioni sono promosse in modo "astratto": ciò non solo perché, in questa seconda evenienza, manca l'aderenza al fatto e il giudizio diventa di carattere obiettivo⁶, ma, soprattutto, perché la Corte può essere chiamata a giudicare, nello stesso tempo, su una pluralità di norme, e non solo su quella rilevante per il giudizio a quo, e dunque a svolgere una valutazione "complessiva" dell'istituto.

4. Non si può comunque escludere – per il futuro – che nell'ambito di azioni di accertamento di altri diritti politici, non tutelabili di fronte ad un giudice, siano promosse questioni di legittimità costituzionale sulle norme che li regolano. Sul punto, sia consentito rinviare a F. BIONDI, *La verifica dei poteri nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

5. Per una ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente e per le conseguenze che le scelte compiute e non compiute hanno avuto sul processo costituzionale, cfr., per tutti, il lavoro monografico di M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991.

6. Su questo aspetto v. A. MANGIA, *op. cit.*

Tanto premesso, è in primo luogo evidente che le questioni di legittimità costituzionale promosse nell'ambito di azioni di accertamento della pienezza del diritto di voto – da taluni assimilate al ricorso diretto del singolo all'organo di giustizia costituzionale – rendono il sindacato sulla legge “astratto” e non “concreto”, con tutte le evidenziate conseguenze sul modo di argomentare e decidere della Corte.

Ad esempio, nella sentenza n. 193 del 2015, la questione, promossa in via incidentale dal giudice amministrativo di fronte al quale erano stati impugnati i risultati elettorali, e avente ad oggetto la disposizione, contenuta nella legge elettorale lombarda, che assegna il premio di maggioranza, è stata dichiarata inammissibile perché ipotetica, in quanto, secondo i dati riportati nel verbale delle operazioni elettorali, la disposizione censurata non aveva prodotto, in concreto, alcuno degli effetti incostituzionali paventati dal rimettente. L'aderenza al caso non ha consentito alla Corte di valutare se il modo di assegnare il premio di maggioranza possa, in altre circostanze, comprimere irragionevolmente il principio di rappresentatività del Consiglio regionale⁷.

Diversamente, nelle sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017, il promovimento di questioni, pur in via incidentale, ma nell'ambito di giudizi di accertamento della pienezza del diritto di voto come regolato dalla legge, ha consentito alla Corte di svolgere una valutazione “in astratto” delle disposizioni censurate, una valutazione, cioè, “ipotetica” delle conseguenze dei meccanismi elettorali denunciati (si vedano le censure mosse alla compresenza del premio di maggioranza e della soglia di sbarramento o delle pluricandidature e dei capilista bloccati interamente costruite sugli effetti, asseritamente negativi, che avrebbero potuto produrre sulla rappresentatività delle assemblee).

In secondo luogo, la possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale nell'ambito di azioni di accertamento della pienezza del diritto di voto consente al giudice a quo di sollevare questioni di legittimità costituzionale su una pluralità di norme e, quindi, anche di chiedere alla Corte di operare una valutazione del sistema elettorale vigente nel suo complesso.

In definitiva, l'eccezione di questioni di legittimità costituzionale nell'ambito di giudizi di accertamento di un diritto, costituisce una cir-

7. Su questa decisione, cfr. S. CATALANO, *La risposta, implicita, della sentenza n. 193 del 2015 alla questione di costituzionalità sul premio di maggioranza regionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1 febbraio 2016, e D. MONEGO, *La rilevanza di una questione di legittimità sul premio di maggioranza regionale fra “riscontro” del vizio, applicabilità della norma ed influenza della decisione di costituzionalità*, *ivi*.

costanza processuale che può in parte influire sul modo di ragionare e argomentare della Corte.

E se è vero – così si potrebbe obiettare – che al medesimo esito può giungersi anche impugnando la legge elettorale in via principale, è altrettanto vero che è raro che il sistema elettorale previsto per la Camera e per il Senato giunga alla Corte per questa via. Alla stregua della giurisprudenza costituzionale, è, infatti, assai arduo per una Regione ricorrente dimostrare la ridondanza su attribuzioni regionali. Non è un caso che l'unica decisione che si ricorda – la n. 438 del 1993 – riguardasse il modo in cui il sistema elettorale nazionale aveva regolato la rappresentanza delle minoranze linguistiche protette.

2. *La “politicalità” della materia elettorale: discrezionalità legislativa vs. giudizio di ragionevolezza*

Occupandoci ora del “merito” delle decisioni, si proverà a dimostrare come, in effetti, la materia elettorale condizioni l'intensità del sindacato della Corte e gli argomenti a cui quest'ultima ricorre.

Il punto di partenza è la natura “massimamente politica” della legge elettorale: in assenza, nel testo costituzionale, di indicazioni sul sistema elettorale da adottare⁸, particolarmente ampia è la discrezionalità del legislatore nella scelta del sistema ritenuto, in un determinato periodo storico, e in considerazione del sistema dei partiti in quel momento presente, il

8. Come ricorda la stessa Corte Costituzionale già nella sentenza n. 429 del 1995 (punto n. 2 cons. in dir.) l'Assemblea Costituente, «pur manifestando, con l'approvazione di un ordine del giorno, il favore per il sistema proporzionale nell'elezione dei membri della Camera dei deputati, non intese irrigidire questa materia sul piano normativo, costituzionalizzando una scelta proporzionalistica o disponendo formalmente in ordine ai sistemi elettorali, la configurazione dei quali resta affidata alla legge ordinaria». Sul tema v. A. GIGLIOTTI, *Sui principi costituzionali in materia elettorale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, che ripercorre il dibattito in Assemblea Costituente e, in particolare, la proposta dell'on. Mortati, avanzata nel corso della seduta del 7 novembre 1946, presso la Seconda Sottocommissione, di costituzionalizzare il principio della rappresentanza proporzionale.

A sostegno della tesi per cui la Costituzione avrebbe implicitamente presupposto l'adozione del sistema elettorale proporzionale non può non menzionarsi il noto scritto di C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 2, 854 ss. [su cui cfr. S. LABRIOLA, *Il principio maggioritario e la Costituzione repubblicana nel pensiero di Carlo Lavagna. Una rilettura in termini di attualità*, in F. LANCASTER (a cura di), *Il pensiero giuridico di Carlo Lavagna*, Giuffrè, Milano, 1996, 415 ss.].

più adatto al funzionamento della forma di governo definita (questa sì) dalla Costituzione.

Fino alla sentenza n. 1 del 2014, il carattere intrinsecamente politico della legge elettorale aveva generalmente convinto che la discrezionalità in tale materia fosse pressoché assoluta e che il controllo della Corte costituzionale fosse riservato a casi limite⁹.

La stessa Corte, nell'occuparsi della conformità a Costituzione di sistemi elettorali comunali e regionali, aveva sempre sottolineato l'ampia discrezionalità di cui il legislatore gode in questa materia, evidenziando come la Costituzione non imponga alcun sistema elettorale (sentenza n. 262 del 2012, ordinanza n. 260 del 2002, sentenza n. 107 del 1996). Essa, tuttavia, si era riservata la possibilità di sindacare il sistema prescelto dal legislatore, nel caso in cui il bilanciamento tra i principi costituzionali che in tale materia vengono in rilievo risultasse manifestamente irragionevole.

In dottrina è stata evidenziata la distinzione tra limiti "formali", che si hanno quando la Costituzione prevede uno specifico sistema elettorale o norme procedurali ad hoc per l'approvazione della legge elettorale, e limiti "materiali", desumibili dalle disposizioni costituzionali che caratterizzano il regime politico o definiscono la Costituzione materiale o l'ordinamento costituzionale, tra i quali i principi desumibili dall'art. 48 Cost.¹⁰.

In assenza, come detto, di limiti "formali" che vincolino nella scelta della formula elettorale, la Corte costituzionale italiana è stata chiamata a verificare che la legge elettorale non contrasti con limiti "materiali".

Se, però, per anni, i limiti "materiali" sono stati considerati – forse anche dalla Corte – quasi come una sorta di clausola di sicurezza, essi assumono invece importanza decisiva a partire dalla sentenza n. 1 del 2014. Con questa pronuncia la Corte, oltre ad ammettere questioni di legittimità sollevate nell'ambito di azioni di accertamento del diritto di

9. Cfr. E. SORRENTINO, *La giurisprudenza costituzionale italiana in materia elettorale*, in *Federalismi*, n. 1/2019; T.F. GIUPPONI, *La "democrazia elettorale", tra rappresentatività e governabilità*, in *Federalismi*, n. 1/2017; A. RAUTI, *La Corte costituzionale ed il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali*, in www.giurcost.org, n. 2/2017, spec. 229 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La discrezionalità del legislatore in materia elettorale, la «maieutica» della consulta e il favor (negletto) verso il compromesso legislativo: continuità e discontinuità fra le sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018. Più in generale 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 *Rivista AIC*, n. 3/2017, 5 ss.

10. A. MORRONE, *Sistema elettorale e ordinamento costituzionale. Profili di teoria generale*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 2.

voto (*v. retro*), mostra di voler svolgere un sindacato più penetrante sulla formula elettorale

Se la Corte, infatti, prima della decisione del 2014, aveva operato un approfondito scrutinio sulla formula elettorale solo nella sentenza n. 107 del 1996, in seguito si possono menzionare molte altre decisioni (sentenze n. 275 del 2014, n. 193 del 2015, n. 35 del 2017 e n. 239 del 2018).

Non è questa la sede per ripercorrere in dettaglio le singole questioni promosse e le relative pronunce della Corte.

Quel che interessa, invece, è verificare se esistano percorsi argomentativi comuni quando oggetto dello scrutinio sono le regole con cui i voti sono trasformati in seggi.

A parere di chi scrive, tali percorsi sussistono e possono essere così sintetizzati.

In primo luogo, in assenza – come detto – di limiti formali, la Corte ha sempre svolto un sindacato di ragionevolezza.

In secondo luogo, pur essendo giunta a ben due declaratorie di incostituzionalità, essa ha svolto uno scrutinio di ragionevolezza a maglie piuttosto ampie, un giudizio, cioè, di “manifesta” irragionevolezza (si legga, ad esempio, la sentenza n. 35 del 2017, nella parte in cui sono dichiarate non fondate le questioni con cui era censurata l’entità della soglia minima di voti necessaria per l’attribuzione del premio di maggioranza al primo turno o era lamentata la coesistenza del premio di maggioranza e delle soglie di sbarramento). Il ricorso all’aggettivo “manifesto” segnala, infatti, proprio la volontà della Corte di rispettare il più possibile lo spazio di discrezionalità che il legislatore possiede in questa materia.

In terzo luogo, la Corte ha svolto un sindacato di ragionevolezza intesa come proporzionalità, in quanto ha verificato se i principi costituzionali la cui lesione era lamentata fossero sproporzionatamente, eccessivamente, sacrificati per garantire altri principi o raggiungere altri obiettivi di rango costituzionale.

In particolare, i giudici a quibus avevano variamente lamentato la lesione degli artt. 1, 67 e 48 Cost., i primi due nella parte in cui esprimono la necessità che l’organo elettivo sia rappresentativo della volontà dei cittadini, il secondo in quanto esprime il principio dell’eguaglianza del voto “in uscita” (cioè: eguale “peso” del voto espresso dall’elettore nella attribuzione dei seggi, non eguaglianza nell’espressione del voto).

Per svolgere tale giudizio, la Corte ha valutato in quale forma di governo si colloca una determinata formula elettorale, se, cioè, nell’ambito di una forma di governo parlamentare, in cui i cittadini votano direttamente solo per comporre il Parlamento (sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del

2017), ovvero in altre forme di governo, come quella accolta negli Statuti regionali (sentenza n. 193 del 2015) o quella scelta dal legislatore in ambito comunale (sentenza n. 107 del 1996, n. 275 del 2014), in cui i cittadini sono chiamati a scegliere direttamente anche il vertice dell'esecutivo. Il giudizio di ragionevolezza/proporzionalità sulla formula elettorale implica infatti una contestualizzazione di quest'ultima nella forma di governo in cui è calata: un conto, infatti, è che l'esecutivo derivi la propria legittimazione solo dall'organo rappresentativo, altro è che quest'ultimo debba "coesistere" con altro organo egualmente eletto dai cittadini¹¹.

In altre parole, per valutare se la compressione della rappresentatività dell'organo elettivo e dell'eguale peso del voto "in uscita" sia eccessiva la Corte muove dal contesto istituzionale in cui ciascuna formula elettorale è destinata ad operare: la rappresentatività dell'organo risulta sproporzionalmente sacrificata se, in una forma di governo parlamentare, la formula elettorale è preordinata ad "assicurare" artificialmente, e non solo a "favorire", la stabilità dell'esecutivo; viceversa, è ammesso un maggiore tasso di distorsione della rappresentatività in altre forme di governo (si legga con attenzione il punto 9.2 della sentenza n. 35 del 2017).

Così argomentando, la Corte esprime implicitamente la preoccupazione che il sistema elettorale possa essere utilizzato per modificare la forma di governo definita dalla Costituzione o, a livello regionale e locale, dalle altre fonti competenti a definire i rapporti tra gli organi di vertice.

Rispetto al quadro così delineato, deve essere, però, segnalata, da ultimo, la sentenza n. 239 del 2018, poiché essa sembra seguire un percorso argomentativo differente.

Mentre nelle decisioni sin qui ricordate il giudizio di ragionevolezza-proporzionalità è svolto dalla Corte in astratto, sulla base dei caratteri della forma di governo come delineata dalla Costituzione (o da altre fonti), nella decisione del 2018 si trovano riferimenti al contesto storico-politico in cui il sistema elettorale (in quel caso per l'elezione dei rappresentanti italiani al Parlamento europeo) si trova ad operare. Afferma, in particolare, la Corte:

al pari del contesto politico-partitico, anche l'ambiente storico-culturale in cui un dato sistema elettorale si colloca condiziona il giudizio su di esso e sulle sue

11. Sulle differenze tra sistemi elettorali locali e sistema elettorale nazionale quanto allo scrutinio di legittimità cfr. già S. CATALANO, *I problemi posti dalla sentenza n. 1 del 2014 sulla legittimità costituzionale dei sistemi elettorali dei Consigli di Comuni e Regioni*, in M. D'AMICO - S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza n. del 2014 in materia elettorale*, FrancoAngeli, Milano, 2014, 78-88.

tecniche di sbarramento. Da questo punto di vista, è chiaro che l'evoluzione dei sistemi elettorali è strettamente legata allo sviluppo storico della natura delle assemblee parlamentari, che ha posto il problema di superare la prospettiva della mera "registrazione proporzionale della pluralità socio-politica" per porre in essere meccanismi idonei ad assicurare efficacia ed efficienza del procedimento decisionale. Da questi sviluppi è derivata evidentemente l'esigenza – ispiratrice dei meccanismi di razionalizzazione della composizione delle assemblee, fra i quali si inseriscono le previsioni di soglie minime di accesso al riparto dei seggi – di riconsiderare i meccanismi della rappresentanza politica, che non è soltanto un semplice "specchio" della società di riferimento.

La Corte costituzionale, nel rigettare la questione promossa dal Consiglio di Stato, non utilizza poi, per la verità, questo argomento "non normativo", limitandosi a ricordare che (a prescindere dal contesto storico-politico in cui è destinata ad operare) la clausola di sbarramento persegue l'autonoma e specifica funzione di evitare che un'eccessiva frammentazione dei partiti in essa rappresentati renda particolarmente complessa la formazione di una maggioranza politica nel Parlamento europeo, mettendo a rischio l'interesse alla stabilità dell'organo politico di governo.

In altre parole, essa, pur richiamando in premessa l'argomento storico-politico, non fonda su di esso la ratio decidenti della pronuncia. In tal modo, il nostro Giudice delle Leggi avvicina solo apparentemente il proprio modo di argomentare a quello Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha invece sempre considerato, nello scrutinare i sistemi elettorali, quale fosse la situazione storico-politica concreta in cui essi operavano (numero dei partiti, sistema politico, ecc.)¹².

Allo stato attuale è dunque difficile prevedere se il contesto storico-politico in cui un sistema elettorale è calato potrà essere valorizzato e

12. Significativa in questo senso la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 13.3.2012, *Saccomanno e altri c. Italia*, ove al par. 52 i giudici di Strasburgo affermano: «le regole in questo ambito variano in funzione dei fattori storici e politici propri a ciascuno Stato; le molteplici situazioni previste nelle leggi elettorali di numerosi Stati membri del Consiglio d'Europa dimostrano la varietà delle possibili scelte in materia. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 3, qualsiasi legge elettorale deve sempre essere valutata alla luce dell'evoluzione politica del Paese, in modo tale che dei dettagli inaccettabili nell'ambito di un determinato sistema sono giustificabili nell'ambito di un altro sistema (Py c. Francia, n. 66289/01, § 46, CEDU 2005I), purché, in ogni caso, il sistema adottato risponda a condizioni che assicurino la «libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo», riprendendo quanto già rilevato nella sentenza *Yumak e Sadak c. Turchia*, in particolare al par. 111.

diventare un argomento nuovo (e magari anche decisivo) alla luce del quale la Corte ne valuterà la ragionevolezza. Quel che è certo è che lo scrutinio di costituzionalità assumerebbe un significato profondamente diverso, poiché il sindacato di ragionevolezza come proporzionalità cedrebbe il passo ad un sindacato di ragionevolezza come irrazionalità: non più una verifica del grado di compressione di principi costituzionali per altre finalità di rango costituzionale nell'ambito di un determinato modello di forma di governo, bensì una valutazione (ancora più discrezionale) della razionalità della formula elettorale alla luce di fattori storici, sociali e politici.

Ciò ovviamente non significa affatto che il decidere della Corte, soprattutto in queste materie, non risenta del clima, anche politico, contingente: è sufficiente confrontare la sentenza n. 1 del 2014, in cui è valorizzato il rapporto eletto/elettore, in quegli anni particolarmente sentito, con la sentenza n. 35 del 2017, in cui invece si torna a ricordare il ruolo essenziale svolto dai partiti politici nella selezione delle candidature¹³. Altro, però, è che tale contesto costituisca un vero e proprio argomento della decisione.

Oltre allo scrutinio della formula elettorale, la Corte, in anni recenti, è stata chiamata a giudicare anche altri aspetti del sistema elettorale.

Meritano di essere ricordate le decisioni con cui sono regolate la selezione dei candidati e quelle attinenti ai meccanismi di c.d. slittamento dei seggi (che si verificano quando, nella fase della proclamazione dei candidati, un seggio che dovrebbe essere assegnato in una determinata circoscrizione o collegio viene assegnato ad un candidato presentatosi di altra circoscrizione o collegio).

Quanto alle prime, va evidenziato che la Corte non è stata qui chiamata a svolgere un giudizio di ragionevolezza, quanto, piuttosto, a definire, per la prima volta, il significato della "libertà" di voto tutelata dall'art. 48 Cost. Essa ha dovuto chiarire se tale principio, oltre a garantire che la scelta del votante non sia materialmente coartata, vincoli anche il legislatore quando regola il modo in cui le liste sono formate e il voto viene espresso sulla scheda.

La lettura congiunta delle sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017 rende chiaro che la libertà del voto è pregiudicata almeno in due precise circostanze: quando un sistema elettorale non mette l'elettore nelle condizioni di "conoscere", e dunque valutare, i candidati selezionati dai partiti politici (come nel caso di liste bloccate che comprendano un numero eccessivo di candidati), oppure quando esso permette all'elettore di scegliere, con un

13. Cfr. I. MASSA PINTO, *Dalla sentenza n. 1 del 2014 alla n. 35 del 2017 della Corte costituzionale sulla legge elettorale: una soluzione di continuità c'è e riguarda i partiti politici*, in *Costituzionalismo.it*, spec. 49-50.

voto di preferenza, il proprio candidato, ma poi consente che quella stessa preferenza sia messa nel nulla da scelte assunte sulla base di valutazioni politiche e non in base a criteri oggettivi o predeterminati.

Quanto, infine, alle decisioni sul c.d. “slittamento” dei seggi, sul piano argomentativo¹⁴ la sentenza n. 271 del 2010 va tenuta ben distinta dalla successiva decisione n. 35 del 2017.

Nella prima la Corte era chiamata a valutare se le disposizioni che consentono uno slittamento di seggi nel sistema elettorale europeo siano compatibili con gli artt. 1, 48, 49, 51, 56 e 57 Cost., assumendo che dall’insieme di tali parametri sia possibile ricavare un “principio” costituzionale di “rappresentanza territoriale” tale da impedire ogni forma di slittamento dei seggi da una circoscrizione ad un’altra. La Corte si limitò a rigettare la questione, ricordando come il “principio” possa e debba essere conciliato con altre esigenze (in passato, analogamente, v. anche ordinanza n. 318 del 2006, con riferimento al sistema elettorale previsto per l’elezione dei Consigli delle Province regionali in Sicilia).

Più interessante, sul piano dell’argomentazione, è la successiva sentenza n. 35 del 2017 (punto 10.2 del cons. in dir.). La Corte infatti è qui obbligata a confrontarsi con l’unico vero limite costituzionale “formale” che incontra il legislatore quando scrive un sistema elettorale, ossia la regola prescritta – rispettivamente per Camera e Senato – dagli artt. 56, comma 4, e 57, comma 4, Cost. Essi impongono di predeterminare i seggi che sono assegnati in ciascuna circoscrizione in base all’entità della popolazione, affinché non vi siano quote di popolazione “sovra” o “sotto” rappresentate. Ciò significa che il legislatore è libero, alla Camera, di disegnare le circoscrizioni elettorali come meglio crede (mentre le circoscrizioni del Senato devono corrispondere al territorio delle Regioni), ma che i seggi devono essere assegnati a ciascuna circoscrizione rispettando l’entità della popolazione residente in quei territori.

La Corte, con la sentenza n. 35, fissa due punti importanti.

Anzitutto, chiarisce che l’art. 56, comma 4, Cost. (con una lettura estensibile anche al comma 4 dell’art. 57) non si riferisce soltanto alla fase della ripartizione dei seggi nelle diverse circoscrizioni, ma vincola anche la successiva fase della assegnazione dei seggi alle liste dopo il voto: in tal modo, essa evita che la garanzia costituzionale possa essere sostanzialmente “svuotata” al momento della assegnazione dei seggi, consentendo consistenti slittamenti da una circoscrizione ad un’altra.

14. Per un commento a tali decisioni si rinvia al lavoro di G. TARLI BARBIERI, *Lo «slittamento dei seggi» dopo la sentenza n. 35/2017*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2017, 537-570.

Nel contempo, essa non vuole che questa interpretazione della disposizione costituzionale vincoli il legislatore elettorale al punto da costringerlo ad adottare sempre formule elettorali in cui riparto dei seggi si conclude solo nella circoscrizione (e, di converso, impedendogli di adottare sistemi misti che invece prevedono un riparto dei seggi a più livelli e in cui non si può escludere qualche slittamento). Pertanto, essa afferma che l'art. 56, comma 4, Cost. deve essere interpretato sistematicamente con i principi desumibili dagli artt. 48 e 67 Cost., ossia con la necessità di comporre l'organo politico nazionale secondo le indicazioni degli elettori.

In definitiva, la “regola” di cui all'art. 56, comma 4, Cost. diviene, se non “principio” bilanciabile, regola “flessibile” almeno in quei residuali casi in cui ciò divenga necessario per ragioni casuali e matematiche.

3. *Modo di argomentare e decidere ed effetti delle decisioni di accoglimento*

3.1 *Sull'organo già eletto*

Il modo di argomentare e di decidere le questioni di legittimità costituzionale in materia elettorale, infine, è (o può essere) condizionato dalle conseguenze che può produrre una decisione di accoglimento (a) sull'organo (già) eletto in base alla normativa dichiarata incostituzionale e (b) sulla disciplina elettorale che – come si ricorderà a breve – non tollera lacune, dall'altro.

Quanto al primo dei due profili segnalati, solo in un caso la Corte costituzionale si è espressamente fatta carico del rischio che la pronuncia di accoglimento potesse produrre una rideterminazione della composizione dell'organo elettivo.

Per meglio comprendere tale aspetto, possono essere utili alcuni dati.

Dal 1948 ad oggi la Corte costituzionale ha pronunciato trentatré decisioni aventi ad oggetto le norme che regolano il procedimento elettorale preparatorio, l'espressione del voto, la formula elettorale e le modalità di attribuzione dei seggi¹⁵. Di queste trentatré decisioni, dodici sono state

15. Decisioni rese in via incidentale: n. 43 del 1961, n. 6 del 1963, n. 60 del 1963, n. 96 del 1968, n. 203 del 1975, n. 422 del 1995, n. 425 del 1995, n. 107 del 1996, n. 135 del 1996, n. 160 del 1996, n. 304 del 1996, n. 104 del 2006, n. 271 del 2010, n. 188 del 2011, n. 242 del 2012, n. 1 del 2014, n. 275 del 2014, n. 193 del 2015, n. 243 del 2016, n. 35 del 2017,

pronunciate in giudizi in via principale. Di queste ultime, molte sono antecedenti al 2001, quando il ricorso statale era, oltre che astratto, preventivo e, dunque, certamente rivolto a leggi che non avevano ancora trovato applicazione; altre, successive al 2001, hanno avuto ad oggetto disposizioni di leggi elettorali regionali perché approvate o modificate prima dell'approvazione dello Statuto, dunque, non ancora applicate. In un solo più recente caso, la legge impugnata era già entrata in vigore ed era applicabile e, proprio per questo, lo Stato, con il ricorso, ne aveva chiesto la sospensione¹⁶.

In definitiva, poche sono le sentenze con cui la Corte ha deciso questioni di legittimità costituzionale sollevate da giudici a quibus nell'ambito di procedimenti instaurati di fronte a giudici amministrativi dopo le elezioni, con l'obiettivo, contestando la proclamazione degli eletti, di rideterminare la composizione dell'organo.

La maggior parte sono state dichiarate non fondate.

In due casi, l'accoglimento ha presumibilmente inciso, ma in modo assai limitato, sulla composizione dell'organo (v. sentenze n. 104 del 2006 e n. 243 del 2016); in altro, affermando che la legge regionale non poteva, in contrasto con lo Statuto, aumentare il numero dei consiglieri, la Corte ha fatto perdere il seggio ad otto consiglieri regionali (sentenza n. 188 del 2011).

L'unica pronuncia che dovrebbe avere avuto conseguenze sulla composizione dell'organo già eletto è la sentenza n. 304 del 1996, con cui la Corte dichiarò incostituzionale l'art. 5 della l. n. 81 del 1993 (Elezione diretta del sindaco, del presidente di provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale), nella parte in cui non prevede il rinvio delle elezioni ed il rinnovo delle candidature a sindaco e a consigliere comunale, in caso di decesso, avvenuto dopo la presentazione delle candidature e prima del giorno fissato per le elezioni, di un candidato alla carica di sindaco nei comuni con popolazione fino a quindicimila abitanti. Dai dati pubblici risulta che nel Comune in questione i cittadini – che si erano espressi il 23 aprile 1995 – furono chiamati nuovamente a votare in data 17 novembre 1996. Presumibilmente l'indizione dei comizi un anno dopo le elezioni

n. 239 del 2018. Decisioni rese in giudizi promossi in via principale: n. 438 del 1993, n. 233 del 1994, n. 261 del 1995, n. 356 del 1998, n. 49 del 2003, n. 193 del 2003, n. 173 del 2005, n. 3 del 2006, n. 4 del 2010, n. 45 del 2011, n. 50 del 2015, n. 168 del 2018.

16. Si tratta della sentenza n. 168 del 2018. La Regione Siciliana, nella memoria difensiva, aveva evidenziato che le elezioni erano state differite a data successiva a quella (prevedibile) di deposito della decisione della Corte.

precedenti fu effettuata in ottemperanza a quanto stabilito dal giudice amministrativo alla luce della sentenza della Corte.

In un unico caso – come accennato in premessa – la Corte si è fatta carico del rischio che la pronuncia di accoglimento potesse condurre ad una rideterminazione complessiva dell'organo già eletto. Si tratta, ancora una volta, della sentenza n. 1 del 2014.

Anche se il giudizio a quo (come sappiamo) non era volto all'annullamento totale o parziale delle elezioni già svolte, ma all'accertamento della pienezza del diritto di voto, la Corte si preoccupa infatti degli effetti che la pronuncia avrebbe potuto produrre sulla composizione e sugli atti adottati dalle Camere già elette¹⁷, in quanto il giudizio di convalida dei parlamentari era ancora pendente. Se quest'ultimo si fosse svolto, anziché sulla base della disciplina vigente al momento delle elezioni, su quella risultante all'esito del giudizio di costituzionalità, si sarebbe determinata una rilevante modifica alla composizione delle Camere. La Corte, allora, per contenere l'impatto ordinamentale della propria pronuncia, nel passo finale della sentenza, precisa che la decisione «produrrà i suoi effetti esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale» e che «non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto». Quindi, per ricondurre tale affermazione alle regole del processo costituzionale, ossia per dimostrare che tale precisazione è frutto delle regole che già presiedono le declaratorie di incostituzionalità, essa aggiunge:

[v]ale appena ricordare che il principio secondo il quale gli effetti delle sentenze di accoglimento di questa Corte, alla stregua dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, risalgono fino al momento di entrata in vigore della norma annullata, principio “che suole essere enunciato con il ricorso alla formula della c.d. ‘retroattività’ di dette sentenze, vale però soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida” (sentenza n. 139 del 1984). Le elezioni che si sono svolte in applicazione anche delle norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclama-

17. Cfr. G. SERGES, *Sentenze costituzionali e dinamica delle fonti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 181 ss.

zione degli eletti. Del pari, non sono riguardati gli atti che le Camere adotteranno prima che si svolgano nuove consultazioni elettorali.

In sintesi, e per quanto qui ci interessa: per evitare che composizione e atti posti in essere dalle Camere già costituite potessero essere immediatamente incisi dalla decisione di incostituzionalità, la Corte prende una posizione sulla questione, assai controversa in dottrina, del rapporto tra proclamazione e convalida, facendo propria la tesi per cui la convalida sarebbe da intendersi come un elemento confermativo dell'atto di proclamazione, e non invece la mancata convalida una condizione risolutiva della proclamazione.

In tal modo, attraverso la motivazione, essa modula gli effetti temporali della pronuncia di accoglimento differendoli nel tempo.

In disparte le numerose critiche rivolte a tale passo della decisione¹⁸, ciò che qui preme evidenziare è che in materia elettorale la Corte decide preoccupandosi – forse più che in altre materie – delle conseguenze concrete delle proprie pronunce, in quanto potenzialmente capaci di alterare, in modo anche consistente, la composizione politica dell'organo rappresentativo già eletto.

Nell'unico caso in cui essa lo ha ritenuto necessario, ha “contenuto” gli effetti della pronuncia agendo sulla motivazione (sentenza n. 1 del 2014), ma non può escludersi, per il futuro, che essa ricorra ad altre tecniche decisorie.

3.2 Sulla legge elettorale “costituzionalmente necessaria”

Da ultimo, non si può non menzionare il carattere che forse più di tutti gli altri condiziona il decidere e l'argomentare della Corte costituzionale in materia elettorale, ossia la circostanza che le leggi elettorali sono leggi costituzionalmente necessarie e, dunque, si ritiene non tollerabile un vuoto normativo, poiché deve essere garantito, in ogni momento, il rinnovo integrale dell'organo rappresentativo.

Non è qui il caso ancora di ricordare, se non per brevissimi cenni, che la qualifica delle leggi elettorali come leggi costituzionalmente necessarie

18. Criticamente su questo passo della sentenza n. 1 del 2014, P. CARNEVALE, *La Corte vince ma non sempre convince, riflessioni intorno ad alcuni profili della storica sentenza n. 1/2014 della Corte Costituzionale*, in *Nomos*, n. 3/2013, 12-15; A. LO CALZO, *La convalida delle elezioni e gli effetti della sentenza n. 1 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali. Rassegna*, 12 marzo 2015, 3-4; G. SERGES, *op. cit.*, 184-185.

nasce nella giurisprudenza costituzionale resa nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo, a partire dalla sentenza n. 29 del 1987 e, soprattutto, dalla sentenza n. 47 del 1991¹⁹.

Più interessante è invece evidenziare come la dottrina già allora avesse intuito che questo limite all'ammissibilità del referendum abrogativo in materia elettorale avrebbe potuto "condizionare" anche il giudizio sulle leggi²⁰.

Allo stato della giurisprudenza, però, non è ancora chiaro come il carattere delle leggi elettorali quali leggi costituzionalmente necessarie incida sul giudizio di legittimità costituzionale.

Per lungo tempo, la Corte ha evitato di sottolineare la natura di leggi costituzionalmente obbligatorie delle leggi elettorali nel sindacato in via incidentale, anche perché l'accoglimento delle questioni sollevate non avrebbe pregiudicato la loro immediata applicabilità²¹.

Del rischio che la sentenza di illegittimità costituzionale potesse produrre un vuoto normativo la Corte si interroga invece nelle due già più volte ricordate sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017.

Forse per la rilevanza delle norme oggetto del suo giudizio, essa, in motivazione, si preoccupa di precisare che, all'esito dell'accoglimento, la normativa "residua" avrebbe consentito, se necessario, di procedere immediatamente all'indizione dei comizi elettorali.

Da questa "excusatio non petita" la dottrina ha dedotto che la Corte si sarebbe auto-vincolata a non accogliere questioni che possano rendere la legge elettorale non immediatamente applicativa, criticamente osservando che, in tal modo, essa abdicerebbe al proprio ruolo²².

In realtà, dalla lettura integrale della giurisprudenza sino ad oggi resa in materia elettorale nel giudizio sulle leggi non risultano casi in cui la Corte non ha accolto una questione fondata perché si sarebbe creato un vuoto normativo.

19. In seguito, v. sentenze n. 32 e 33 del 1993, n. 5 e n. 10 del 1995, n. 26 del 1997, n. 13 del 1999, n. 15, n. 16 e n. 17 del 2008, n. 34 e n. 33 del 2000, n. 13 del 2012, n. 10 del 2020.

20. A. PUGIOTTO, *La Corte costituzionale lega le mani a se stessa (A proposito di paralisi di funzionamento, leggi elettorali e controllo di costituzionalità)*, in *Foro it.*, 1997, pt. I, c. 1139 ss.

21. V. sentenze n. 96 del 1968, n. 422 del 1995, n. 304 del 1996, n. 104 del 2006, n. 188 del 2011, n. 243 del 2016.

22. V. R. ROMBOLI, *L'incostituzionalità dell'«Italicum»: la Consulta conferma il superamento della storica «zona franca» delle leggi elettorali, ma anche la creazione di una nuova per le leggi costituzionalmente necessarie*, in *Foro it.*, 2017, pt. I, 782; G. TARLI BARBIERI, *Verso una nuova (ennesima) legge elettorale? Il "seguito" della sent. 35/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2017, 4-5.

Essa, piuttosto, in alcuni casi ha precisato che la disciplina residua sarebbe stata auto-applicativa.

In altri casi, invece, per rendere la disciplina auto-applicativa, la Corte ha scelto di invadere “provvisoriamente” lo spazio riservato al legislatore, introducendo essa stessa una regola anche se le soluzioni al vizio di illegittimità costituzionale erano molteplici. Ciò ha fatto la Corte nella sentenza n. 1 del 2014, quando, dopo aver introdotto la possibilità di esprimere una preferenza in luogo delle liste bloccate, ha operato un chiaro riferimento alla preferenza unica. Ciò ha fatto anche nella sentenza n. 35 del 2017, sostituendo la regola in base alla quale il candidato eletto in più collegi può scegliere liberamente in quale essere proclamato eletto con il criterio oggettivo del sorteggio, ma nel contempo affermando che «appartiene con evidenza alla responsabilità del legislatore sostituire tale criterio con altra più adeguata regola, rispettosa della volontà degli elettori». Non si trattava di soluzioni costituzionalmente obbligate, ma di soluzioni necessarie – una volta accolta la questione – a rendere la disciplina residua auto-applicativa.

Allo stato, dunque, non è ancora certo se la natura di legge costituzionalmente obbligatoria impedisca alla Corte di dichiarare l’illegittimità costituzionale di disposizioni contenute nella legge elettorale nei casi in cui, all’esito dell’accoglimento, sia necessaria una riscrittura parziale o totale della legge elettorale.

Certo, l’inciso contenuto nella recentissima sentenza n. 10 del 2020 preoccupa un po’. Al punto 5 del considerato in diritto la Corte, infatti, accosta alla giurisprudenza sull’ammissibilità del referendum quella sul giudizio sulle leggi, come se incontrassero gli stessi limiti. È evidente, invece, che un conto è bloccare il procedimento referendario per evitare lacune normative, altro lasciare che l’organo politico sia eletto con una disciplina costituzionalmente illegittima.

In conclusione, la questione qui posta è seria e merita di essere ulteriormente approfondita, valutando, ad esempio, se la Corte, bilanciando il principio dell’«indefettibilità della dotazione di norme elettorali per gli organi la cui composizione elettiva è espressamente prevista dalla Costituzione» con le regole processuali, possa ricorrere a nuove tecniche decisorie per modulare nel tempo gli effetti della sentenza di accoglimento o per concedere del tempo al legislatore (alla stregua di quanto avvenuto, ad esempio, con l’ordinanza n. 2017 del 2018 e la successiva sentenza n. 242 del 2019).

Data la centralità delle regole elettorali per il funzionamento di qualunque sistema democratico, sarebbe infatti auspicabile che l’organo di giustizia costituzionale non si limitasse – per timore del vuoto normativo

– a dichiarare la questione inammissibile “per discrezionalità legislativa” (come già accaduto in passato²³); e, se proprio non intendesse sperimentare nuove modalità di dialogo con il legislatore²⁴, almeno accertasse l’esistenza del vizio di costituzionalità, sollecitando le Camere ad intervenire con prontezza.

23. Come sembra la Corte aver fatto con le sentenze n. 438 del 1993 e n. 271 del 2010.

24. Per alcune prime idee, e ulteriori indicazioni bibliografiche, sia consentito rinviare a F. BIONDI, *Auto-applicatività della normativa elettorale o paralisi nel rinnovo dell’organo democratico? Prime note sulle conseguenze dell’accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale in materia elettorale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 novembre 2017.

Declinazioni della ragionevolezza e paradigmi di coerenza nella giurisprudenza costituzionale in materia elettorale

SOMMARIO: 1. Giudizio di ragionevolezza e pluralità dei canoni di coerenza nella giurisprudenza in materia elettorale. – 2. La coerenza tra il modello di formula elettorale e le aspettative dell'elettore circa le conseguenze del proprio voto. – 3. La coerenza tra il modello di formula elettorale e quello di forma di governo. – 4. La coerenza tra le formule elettorali delle due assemblee parlamentari. – 5. La coerenza tra la formula elettorale e il sistema dei partiti. – 6. La coerenza esterna della legislazione: l'uso della comparazione nella giurisprudenza costituzionale in materia elettorale. – 7. La giurisprudenza costituzionale in materia elettorale di fronte allo specchio dei vincoli di coerenza.

1. *Giudizio di ragionevolezza e pluralità dei canoni di coerenza nella giurisprudenza in materia elettorale*

La giurisprudenza costituzionale in materia elettorale, soprattutto a seguito degli sviluppi segnati negli ultimi anni, si presta ad un'analisi in ordine alle sue implicazioni sull'evoluzione delle tecniche decisorie del giudice costituzionale condotta da una pluralità di prospettive: dal tema dell'ammissibilità delle questioni sollevate in rapporto con l'incidentalità e la concretezza del giudizio, a quello del seguito delle pronunce costituzionali, in ordine, soprattutto alla legittimità e all'operatività di altri organi costituzionali, a quello, più ampio, del dialogo e del confronto tra le responsabilità e le attribuzioni rispettive della Corte Costituzionale e del Legislatore, della definizione dei confini e dei punti di contatto tra la sfera della decisione politica e quella della giurisdizione¹.

Le presenti riflessioni intendono inserirsi nel quadro di tali analisi sotto il profilo più specifico di una valutazione degli apporti della più

1. Su tali profili si rinvia all'analisi sviluppata, nel presente volume, da F. BIONDI.

recente giurisprudenza costituzionale in materia elettorale² alla (ri)definizione delle coordinate del giudizio di ragionevolezza, evidenziando, in particolare, come nel contesto di tale giurisprudenza il canone della ragionevolezza sia variamente declinato secondo paradigmi coniugati e giudicati in ordine a differenti e paralleli canoni di coerenza. Il nucleo centrale delle argomentazioni elaborate dalla Corte in riferimento ai profili oggetto di accoglimento connessi al meccanismo del premio di maggioranza declinano come noto il giudizio di ragionevolezza, tanto nella sentenza n. 1 del 2014 quanto nella sentenza n. 35 del 2017 nelle forme di un giudizio di bilanciamento tra diritti condotto alla luce di canoni di proporzionalità³, tra l'obiettivo costituzionalmente legittimo di «agevolare la formazione di una adeguata maggioranza parlamentare, allo scopo di garantire la stabilità del governo del Paese e di rendere più rapido il processo decisionale»⁴ e l'esigenza di evitare una «compressione della funzione rappresentativa dell'assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto, eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica»⁵: se tale argomentazione appare in effetti come la massa critica idonea di per sé a determinare e orientare gli esiti della pronuncia della Corte e a determinarne e connotarne il senso e il segno complessivo⁶, risultando riconfermata sino a

2. In particolare delle decisioni n. 1 del 13 gennaio 2014, n. 35 del 9 febbraio 2017 e n. 239 del 21 dicembre 2018.

3. Sulle caratteristiche (e le specificità) del giudizio di bilanciamento, classiche le riflessioni di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000. Sull'evoluzione della prassi applicativa di tali strumenti di giudizio da parte della Corte Costituzionale italiana, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it. Per una ricostruzione del giudizio di bilanciamento come unitariamente connesso al giudizio di ragionevolezza, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

4. Corte Costituzionale, sentenza n. 1 del 13 gennaio 2014, punto 3.1 dei considerato in diritto. Pare peraltro condivisibile il rilievo secondo cui i due termini del bilanciamento, riproposto nella successiva sentenza n. 35 del 2017, non siano posti su di un piano di parità, risultando tale "obiettivo costituzionalmente legittimo" privo di un univoco fondamento costituzionale: v., ad esempio, A. ALBERTI, *Discrezionalità del legislatore v. bilanciamento tra rappresentatività e governabilità. Una critica alla sent. n. 35 del 2017*, in *Forum Quad. cost.*, 11 maggio 2017.

5. Corte Costituzionale, sentenza n. 1 del 2014, id.

6. Del resto il richiamo puntuale ed esplicito a tale argomentazione risulta centrale anche nel determinare, nella successiva sentenza n. 35 del 2017, l'accoglimento del profilo della

dar luogo nelle più recenti pronunce ad una sorta fusione tra i principi costituzionali bilanciati, individuati e indicati quasi a guisa di endiadi⁷, è possibile individuare, nella medesima sentenza n. 1 del 2014 come in altre pronunce in materia elettorale, un'articolata serie di argomentazioni "satelliti", nel contesto delle quali la ragionevolezza delle scelte legislative non appare tanto oggetto di una ponderazione, di un bilanciamento, quanto valutata in ordine a differenti canoni di coerenza entro la quale viene variamente inquadrata.

2. *La coerenza tra il modello di formula elettorale e le aspettative dell'elettore circa le conseguenze del proprio voto*

Un primo passaggio argomentativo nel quale può cogliersi la ricerca di un elemento di coerenza idoneo a inquadrare le coordinate di un giudizio di ragionevolezza della legge elettorale può cogliersi nel passo

questione relativo alla legittimità del meccanismo del premio di maggioranza per come delineato dalla legge n. 52 del 2015 (ovvero in assenza della previsione di una soglia minima per l'accesso al turno di ballottaggio per l'assegnazione del premio di maggioranza), confermandosi come il baricentro delle argomentazioni della Corte relative ai profili di accoglimento: si osserva infatti nella decisione (punto 9.2 dei considerato in diritto) che «Le disposizioni censurate riproducono così, seppure al turno di ballottaggio, un effetto distorsivo analogo a quello che questa Corte aveva individuato, nella sentenza n. 1 del 2014, in relazione alla legislazione elettorale previgente. Il legittimo perseguimento dell'obiettivo della stabilità di Governo, di sicuro interesse costituzionale, provoca in tal modo un *eccessivo sacrificio* dei due principi costituzionali ricordati. Se è vero che, nella legge n. 52 del 2015, il turno di ballottaggio fra le liste più votate ha il compito di supplire al mancato raggiungimento, al primo turno, della soglia minima per il conseguimento del premio, al fine di indicare quale sia la parte politica destinata a sostenere, in prevalenza, il governo del Paese, tale obiettivo non può giustificare uno *sproporzionato sacrificio dei principi costituzionali di rappresentatività e di uguaglianza del voto*, trasformando artificialmente una lista che vanta un consenso limitato, ed in ipotesi anche esiguo, in maggioranza assoluta». Anche in questo caso, dunque, non tanto la ricerca dell'inquadramento entro un paradigma di coerenza, quanto la ponderazione dei medesimi interessi costituzionali contrapposti già individuati nella sentenza n. 1 del 2014.

7. Così nella più recente sentenza n. 239 del 21 dicembre 2018 ove il giudice costituzionale osserva che «A essere censurata è dunque *l'operazione di bilanciamento* tra gli opposti "interessi e valori" che sta alla base della previsione di una clausola di sbarramento per l'accesso al riparto dei seggi, e ciò che questa Corte è tenuta in particolare a verificare è se le norme censurate determinino una eccessiva e intollerabile compressione del *principio di rappresentatività e di uguaglianza del voto*» (punto 6.1 dei considerato in diritto, corsivi miei).

delle motivazioni della sentenza n. 1 del 2014 nel quale la Corte individua quale coerente conseguenza dell'opzione liberamente e discrezionalmente seguita dal legislatore nella legge n. 270 del 2005 per una formula elettorale a base comunque proporzionale (per quanto corretta dalla previsione di un premio di maggioranza e di un articolato sistema di soglie di sbarramento), una specifica e più stringente declinazione del principio costituzionale di eguaglianza del voto sancito dall'art. 48 della Costituzione. Si osserva infatti nella decisione che tale principio «assume sfumature diverse in funzione del sistema elettorale prescelto» ed, in particolare, che «qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del “peso” del voto “in uscita”, ai fini dell'attribuzione dei seggi»⁸. In ciò la Corte adotta un approccio che si pone in (esplicita) analogia con quello fatto proprio dal BVerfGE tedesco, che distingue tra la mera *Zählwertgleichheit* da garantirsi in caso di adozione di una formula maggioritaria e la più penetrante *Erfolgswertgleichheit* implicata dall'adozione di una formula proporzionale⁹. E proprio tale aspettativa ingenerata nell'elettore dalla base proporzionale della formula elettorale, discendente non direttamente dal dato costituzionale ma costituente una coerente conseguenza della scelta compiuta discrezionalmente dal legislatore, viene indicata quale elemento che, quasi a guisa di norma interposta, va a costituire il termine di un giudizio ternario di ragionevolezza combinandosi con l'assenza di una soglia minima per l'attribuzione del premio di maggioranza e determinando la conseguente “sproporzionata” compressione del diritto di voto (sproporzionata, pertanto, secondo i canoni ed i requisiti di coerenza propri di una formula a base proporzionale): osserva, infatti la Corte che «Il meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza prefigurato dalle norme censurate, inserite nel sistema proporzionale introdotto con la legge n. 270 del 2005, in quanto combinato con l'assenza di una ragionevole soglia di voti minima per competere all'assegnazione del premio, è pertanto tale da determinare un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione»¹⁰.

8. Corte Costituzionale, sentenza n. 1 del 2014, punto 3.1 dei considerato in diritto. Nello stesso senso, sentenza n. 35 del 2017, punto 9.2 dei considerato in diritto.

9. Su tale giurisprudenza v., ad esempio, A. ROMANO, *Accesso alla giustizia costituzionale ed eguaglianza del voto. Legittimazione delle corti e discrezionalità legislativa*, in *Dir. Pub.*, n. 2/2015, 476 s.

10. Corte Costituzionale, sentenza n. 1 del 2014, punto 3.1 dei considerato in diritto.

Sotto tale profilo la coerenza ricercata e valutata si manifesta dunque nelle forme della non contraddittorietà interna alla legislazione elettorale complessivamente considerata, quale consequenzialità tra il principio di base assunto (l'impianto proporzionale della formula elettorale) e lo svolgimento dello stesso (l'elezione di un parlamento che rispecchi, tendenzialmente, le articolazioni dell'elettorato, "pesando" in modo tendenzialmente eguale il voto di ciascun elettore) ed in ciò si manifesterebbe un consueto impiego del giudizio di ragionevolezza sotto la forma di un controllo di non contraddizione. L'elemento peculiare appare invece la specifica valutazione della coerenza del dato normativo sindacato condotta anche alla luce della percezione e delle aspettative dei singoli elettori.

3. *La coerenza tra il modello di formula elettorale e quello di forma di governo*

Una diversa prospettiva a partire dalla quale la Corte appare ricercare e valutare vincoli di coerenza nella materia elettorale risulta quella connessa alla individuazione e indicazione, quale parametro di ragionevolezza, di un legame tra il modello di formula elettorale delineato dal legislatore ed il modello di forma di governo definito a livello costituzionale.

A tal riguardo, appaiono molteplici i passaggi nei quali vengono prese in considerazione tali problematiche: il primo luogo, lo stesso argomento centrale alla base della decisione di accoglimento contenuta nella sentenza n. 1 del 2014 e relativa al meccanismo del premio di maggioranza, seppure assunta, come rilevato, nelle forme di un giudizio di bilanciamento e di un test di proporzionalità, ha, quale presupposto, l'individuazione di un legame di consequenzialità tra la presenza di correttivi in senso maggioritario alla formula elettorale ed il perseguimento dell'obiettivo della «stabilità del governo del Paese e dell'efficienza dei processi decisionali nell'ambito parlamentare»¹¹. Per quanto tale legame rappresenti un consolidato topos delle riflessioni in tema di legislazione elettorale e dinamiche della forma di governo¹², tanto l'esperienza italia-

11. Corte Costituzionale, sentenza n. 1 del 2014, punto 3.1 dei considerato in diritto. Negli stessi termini, Corte Cost., sentenza n. 35 2017, punto 6 dei considerato in diritto.

12. L'approccio secondo cui l'ingegneria elettorale, in particolare la connotazione in senso spiccatamente maggioritario della formula elettorale, si porrebbe "naturalmente" quale

na delle “legislature del maggioritario”¹³ quanto anche recenti dati dell’esperienza comparata¹⁴, paiono mettere in dubbio l’assunto secondo cui di per sé una formula elettorale maggioritaria, o fortemente corretta in senso maggioritario nei suoi effetti attraverso, ad esempio, il meccanismo del premio di maggioranza possa avere di per sé (al di là del dato della possibile artificiale costruzione e predeterminazione numerica di una maggioranza parlamentare), effetti sistemici di stabilizzazione dell’esecutivo e di ottimizzazione dei processi decisionali parlamentari. In questo senso, questo primo profilo di legame di coerenza tra caratteri della formula elettorale e dinamiche della forma di governo appare piuttosto recettiziamente recepito¹⁵ che argomentato: l’applicazione in termini più completi dello strumento del giudizio di bilanciamento, comprensivo di una più sostanziale valutazione non soltanto della salvaguardia del contenuto minimo essenziale del bene costituzionalmente meritevole sacrificato da legislatore (l’eguaglianza del diritto di voto e la rappresentatività dell’assemblea parlamentare), ma anche del carattere necessario o meno del sacrificio stesso e, ancora a monte, della congruenza del mezzo prescelto rispetto al fine fatto proprio dal legislatore, se condotta alla luce dell’esperienza più recente e delle contemporanee dinamiche della forma di governo e del quadro partitico e politico, avrebbe forse potuto contribuire a fornire nuovi elementi al dibattito costituzionalistico e politologico consolidatosi (cristallizzatosi?) in materia. L’occasione, forse

strumento efficace (anche se non esclusivo) di razionalizzazione e stabilizzazione della forma di governo, derivandone una alternativa inevitabile tra governabilità e rappresentatività, risulta largamente diffuso e consolidato nel dibattito sulle prospettive di riforma della legislazione elettorale a partire dai primi anni ’90 del secolo scorso [v. per una efficace interpretazione di tale “sentimento”, O MASSARI - G. PASQUINO (a cura di), *Rappresentare e governare*, Bologna, 1994; più recentemente C. FUSARO, *Rappresentare e governare: da grande regola a tallone d’Achilla del governo parlamentare*, Firenze, 2015].

13. Nell’ampia bibliografia, si veda ad esempio la ricostruzione di O. MASSARI, *Sistemi di partito, effetti dei sistemi elettorali dopo il 1993 e la riforma elettorale*, in M. VOLPI (a cura), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, Bologna, 2015, 108 ss.

14. Quale dato macroscopico, può ricordarsi come nel contesto del Regno Unito, patria e paradigma del parlamentarismo maggioritario, negli ultimi 6 anni si siano succeduti 5 diversi esecutivi, con prestazioni in termini di stabilità del governo del paese e di efficacia del processo decisionale (per richiamare i riferimenti della corte) non propriamente esemplari.

15. Sull’articolata genealogia di tale approccio, v. ad esempio, nella vastissima bibliografia, C. DE FIORES, *Rappresentanza politica e sistemi elettorali in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2007.

anche per la delicatezza delle implicazioni politiche, non è stata invece colta dalla Corte¹⁶.

Una più specifica valutazione dei legami tra formula elettorale e (dinamiche della) forma di governo si trova poi nella sentenza n. 35 del 2017, in riferimento all'istituto del ballottaggio nazionale per l'assegnazione di un premio di maggioranza. La Corte osserva infatti che

un turno di ballottaggio a scrutinio di lista non può non essere disciplinato alla luce della complessiva funzione che spetta ad un'assemblea elettiva nel contesto di un regime parlamentare. [...] L'applicazione di un sistema con turno di ballottaggio risolutivo, a scrutinio di lista, dovrebbe necessariamente tenere conto della specifica funzione e posizione costituzionale di una tale assemblea, organo fondamentale nell'assetto democratico dell'intero ordinamento.

Tale premessa non porta, tuttavia, ad una valutazione più analitica del postulato secondo cui sussisterebbe un univoco legame tra tratti maggioritari della formula elettorale da un lato e stabilità governativa ed efficienza dei processi decisionali parlamentari dall'altro, quanto piuttosto ad argomentare la differenza tra la forma di governo nazionale (ed il ruolo dell'assemblea parlamentare al suo interno) e la forma di governo propria degli enti territoriali italiani: si rileva, infatti che:

È pur vero che nel sistema elettorale comunale l'elezione di una carica monocratica, quale è il sindaco, alla quale il ballottaggio è primariamente funzionale, influisce in parte anche sulla composizione dell'organo rappresentativo. Ma ciò che più conta è che quel sistema si colloca all'interno di un assetto istituzionale caratterizzato dall'elezione diretta del titolare del potere esecutivo locale, quindi

16. Un riferimento ad una valutazione di congruenza tra mezzi e fini si può riscontrare, semmai, nelle argomentazioni relative al profilo della questione sollevata in riferimento al meccanismo del premio di maggioranza a base regionale previsto dalla legge 270 del 2005 per l'elezione del Senato. In ordine a tale questione la Corte osserva infatti che «Nella specie, il test di proporzionalità evidenzia, oltre al difetto di proporzionalità in senso stretto della disciplina censurata, anche l'inidoneità della stessa al raggiungimento dell'obiettivo perseguito, in modo più netto rispetto alla disciplina prevista per l'elezione della Camera dei deputati. Essa, infatti, stabilendo che l'attribuzione del premio di maggioranza è su scala regionale, produce l'effetto che la maggioranza in seno all'assemblea del Senato sia il risultato casuale di una somma di premi regionali, che può finire per rovesciare il risultato ottenuto dalle liste o coalizioni di liste su base nazionale, favorendo la formazione di maggioranze parlamentari non coincidenti nei due rami del Parlamento» (Sentenza n. 1 del 2014, punto 4 dei considerati in diritto).

ben diverso dalla forma di governo parlamentare prevista dalla Costituzione a livello nazionale¹⁷.

Nella stessa sentenza n. 35 del 2017, così come, più diffusamente, nella sentenza n. 239 del 2018, si riscontra poi l'individuazione di un ulteriore obiettivo costituzionalmente ritenuto meritevole di tutela ed attinente alle dinamiche della forma di governo: in relazione all'istituto della clausola di sbarramento si afferma, in primo luogo, la sua idoneità a «favorire la formazione di un'opposizione non eccessivamente frammentata, così attenuando, anziché aggravando, i disequilibri indotti dalla stessa previsione del premio di maggioranza»¹⁸. Sempre l'istituto della soglia di sbarramento viene poi ricollegato all'individuazione, come proprie di tutte le istituzioni parlamentari, di

esigenze di efficienza dei meccanismi decisionali, alle quali la previsione di una soglia di sbarramento innegabilmente risponde, riducendo la frammentazione politico-partitica nel suo ambito. Si tratta di un'esigenza non meno meritevole di tutela della prima [la stabilizzazione dell'esecutivo, n.d.r.], stante che il buon funzionamento dell'assemblea parlamentare costituisce di per sé un valore di rilievo primario in considerazione delle funzioni decisorie dell'assemblea stessa e dei rischi connessi a una paralisi della sua attività conseguente all'impossibilità o all'eccessiva difficoltà di formare le necessarie maggioranze¹⁹.

Anche in questo caso alla base delle argomentazioni della Corte appare una considerazione sistematica delle caratteristiche e delle dinamiche della forma di governo, che richiede di valutare la ratio (e la ragionevolezza) dei singoli istituti alla luce di una più complessiva coerenza di modello.

4. *La coerenza tra le formule elettorali delle due assemblee parlamentari*

Se un incidentale riferimento al profilo del rilievo della coerenza tra le formule elettorali dei due rami del Parlamento si riscontra già nella sentenza n. 1 del 2014 nel senso dell'inopportunità di formule che, in presenza di una distribuzione sostanzialmente omogenea dell'elettorato

17. Sentenza n. 35 del 2017, punto 9.2 dei considerato in diritto.

18. Sentenza n. 35 del 2017, punto 6 dei considerato in diritto.

19. Sentenza n. 239 del 2018, punto 6.4 dei considerato in diritto.

to di Camera e Senato, possano determinare una composizione politicamente differenziata delle due assemblee²⁰, è in conclusione alle argomentazioni della sentenza n. 35 del 2017 che il Giudice costituzionale ha espresso in termini più espliciti il suo orientamento, osservando che

questa Corte non può esimersi dal sottolineare che l'esito del referendum ex art. 138 Cost. del 4 dicembre 2016 ha confermato un assetto costituzionale basato sulla parità di posizione e funzioni delle due Camere elettive. In tale contesto, la Costituzione, se non impone al legislatore di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici, tuttavia esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non ostacolino, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee²¹.

Il vincolo di una sostanziale omogeneità tra le formule elettorali previste per i due rami del Parlamento è dunque individuato quale coerente conseguenza della (perdurante) previsione costituzionale di un modello di bicameralismo sostanzialmente paritario. In questo senso il tema della decisione in ordine alla coerenza tra le formule elettorali delle due assemblee parlamentari risulta strettamente connesso a quello delle scelte sulla possibile (ri)definizione della forma di governo e, non a caso, anche il concatenarsi delle decisioni (parlamentari, popolari e di giurisprudenza costituzionale) in materia ha dato luogo a un continuum nel quale anche la scelta delle tempistiche di intervento del Giudice costituzionale non è risultato irrilevante.

5. *La coerenza tra la formula elettorale e il sistema dei partiti*

Il profilo argomentativo in relazione al quale nella più recente giurisprudenza costituzionale in materia elettorale si riscontra una più evidente evoluzione di atteggiamento nel contesto della giurisprudenza in

20. Sentenza n. 1 del 2014, punto 4 dei considerato in diritto, ove in riferimento all'ipotesi di premi di maggioranza attribuiti su base regionale si osserva, in chiave critica, che essa «può finire per rovesciare il risultato ottenuto dalle liste o coalizioni di liste su base nazionale, favorendo la formazione di maggioranze parlamentari non coincidenti nei due rami del Parlamento, pur in presenza di una distribuzione del voto nell'insieme sostanzialmente omogenea».

21. Sentenza n. 35 del 2017, punto 15.2 dei considerato in diritto.

esame è forse quello relativo alla individuazione del ruolo dei partiti politici nel contesto costituzionale ed in relazione alla legislazione elettorale. Nella sentenza n. 1 del 2014 si percepisce un atteggiamento di sostanziale diffidenza nei confronti del partito politico, le cui scelte in ordine alla composizione delle liste di candidati appaiono quasi giustapposte e contrapposte a quelle che spettano all'elettore nell'esercizio del suo diritto di voto²², ed il cui ruolo costituzionale appare individuato in termini riduttivi²³. Nella successiva sentenza n. 35 del 2017 il ruolo costituzionale dei partiti politici appare invece, maggiormente valorizzato²⁴, osservandosi, in ordine alla previsione contenuta nella legge n. 52 del 2015 della indicazione da parte dei partiti politici dei capilista "bloccati" nei collegi plurinominali, che non

è irrilevante, nella complessiva valutazione di una siffatta disciplina, la circostanza che la selezione e la presentazione delle candidature (sentenze n. 429 del 1995 e n. 203 del 1975), nonché, come nel caso di specie, l'indicazione di candidati capilista, è anche espressione della posizione assegnata ai partiti politici dall'art. 49 Cost., considerando, peraltro, che tale indicazione, tanto più delicata in quanto quei candidati sono bloccati, deve essere svolta alla luce del ruolo che la Costituzione assegna ai partiti, quali associazioni che consentono ai cittadini di concorrere

22. Sentenza n. 1 del 2014, punto 5.1 dei considerato in diritto, ove si osserva, in relazione alla previsione, nella legge 270 del 2005, di liste bloccate di candidati, che «Una simile disciplina priva l'elettore di ogni margine di scelta dei propri rappresentanti, scelta che è totalmente rimessa ai partiti»; con ciò la libertà di voto dell'elettore «risulta compromessa, posto che il cittadino è chiamato a determinare l'elezione di tutti i deputati e di tutti senatori, votando un elenco spesso assai lungo (nelle circoscrizioni più popolose) di candidati, che difficilmente conosce. Questi, invero, sono individuati sulla base di scelte operate dai partiti, che si riflettono nell'ordine di presentazione, sì che anche l'aspettativa relativa all'elezione in riferimento allo stesso ordine di lista può essere delusa, tenuto conto della possibilità di candidature multiple e della facoltà dell'eletto di optare per altre circoscrizioni sulla base delle indicazioni del partito» (corsivi miei).

23. Sentenza n. 1 del 2014, punto 5.1 dei considerato in diritto, ove si richiama la precedente ordinanza n. 79 del 2006 affermando che le attribuzioni conferite dalla legge ai partiti politici in relazione alla selezione e presentazione delle candidature «non consentono di desumere l'esistenza di attribuzioni costituzionali, ma costituiscono il modo in cui il legislatore ordinario ha ritenuto di raccordare il diritto, costituzionalmente riconosciuto ai cittadini, di associarsi in una pluralità di partiti con la rappresentanza politica, necessaria per concorrere nell'ambito del procedimento elettorale, e trovano solo un fondamento nello stesso art. 49 Cost.».

24. Su tali profili, I. MASSA PINTO, *Dalla sentenza n. 1 del 2014 alla sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale sulla legge elettorale: una soluzione di continuità c'è e riguarda il ruolo dei partiti politici*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017.

con metodo democratico a determinare, anche attraverso la partecipazione alle elezioni, la politica nazionale²⁵.

Peraltro, una significativa evoluzione può riscontrarsi anche in relazione alla valutazione del concreto assetto storico del sistema dei partiti proprio dell'ordinamento: se, infatti, nella sentenza n. 35 del 2017 questo è sbrigativamente liquidato quale mero presupposto di fatto, non suscettibile di rilievo nel contesto delle argomentazioni della Corte²⁶, nella successiva sentenza n. 239 del 2018 il contesto politico-partitico diviene un elemento essenziale nell'inquadrare l'istituto normativo sindacato e nel valutarne la ragionevolezza: osserva infatti il giudice costituzionale che «qualsiasi valutazione di una previsione di sbarramento e dei suoi effetti sul concreto funzionamento di un sistema elettorale deve tenere conto della necessità di contestualizzarne l'analisi alla luce delle condizioni politico-partitiche, storiche e sociali di riferimento»²⁷. Ma la Corte in questa seconda pronuncia pare spingersi anche oltre nel “contestualizzare” il suo giudizio, affermando che: «Al pari del contesto politico-partitico, anche l'ambiente storico-culturale in cui un dato sistema elettorale si colloca condiziona il giudizio su di esso e sulle sue tecniche di sbarramento»²⁸.

6. *La coerenza esterna della legislazione: l'uso della comparazione nella giurisprudenza costituzionale in materia elettorale*

Le pronunce esaminate presentano diversi passaggi argomentativi nei quali si individuano elementi di comparazione tra tratti della legislazione elettorale italiana sindacata ed elementi riscontrabili in altri contesti ordinamentali. L'uso che della comparazione²⁹ viene fatto in tali

25. Sentenza n. 35 del 2015, punto 11.2 dei considerato in diritto.

26. Sentenza n. 35 del 2015, punto 11.2 dei considerato in diritto, ove si afferma che: «Si deve, per di più, osservare che l'effetto del quale il giudice a quo in prevalenza si duole – le liste di minoranza potrebbero avere eletti solo tra i capilista bloccati – costituisce una conseguenza (certo rilevante politicamente) che deriva, di fatto, anche dal modo in cui il sistema dei partiti è concretamente articolato, e che non può, di per sé, tradursi in un vizio d'illegittimità costituzionale» (corsivo mio).

27. Sentenza n. 239 del 2018, punto 6.2 dei considerato in diritto.

28. Sentenza n. 239 del 2018, ibid.

29. Per una ricostruzione dei presupposti e dei limiti dell'impiego della comparazione nella giurisprudenza costituzionale, A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali e il*

decisioni, tuttavia, per quanto indicativo di una emergente attenzione del giudice costituzionale ai dati normativi riscontrabili in ordinamenti vicini a quello italiano, non giunge mai a trarre indicazioni in ordine alla incostituzionalità di un elemento della legislazione elettorale nazionale dalla sua incoerenza rispetto a modelli stranieri. Si riscontrano infatti piuttosto passaggi argomentativi nei quali si possono individuare elementi di comparazione per differenza, come in ordine all'istituto delle liste bloccate per la individuazione degli eletti³⁰ o a quello dell'istituto del turno di ballottaggio³¹. In altri casi il richiamo ad esperienze comparate di segno tra loro divergente è impiegato per confermare la scelta di non ravvisare un elemento di illegittimità costituzionale nella legislazione sindacata, come in relazione all'istituto delle soglie di sbarramento nella legislazione per l'elezione dei rappresentanti italiani al Parlamento europeo³². Un impiego, dunque, essenzialmente complementare e selet-

ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente, in www.associazionedei-costituzionalisti, 2006.

30. Sentenza n. 1 del 2014, punto 5.1 dei considerato in diritto, ove si osserva come le caratteristiche della normativa relativa al meccanismo delle "liste bloccate" per l'individuazione degli eletti, delineata dalla legge n. 270 del 2005 «rendono la disciplina in esame non comparabile né con altri sistemi caratterizzati da liste bloccate solo per una parte dei seggi, né con altri caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto».

31. Sentenza n. 35 del 2017, punto 9.2 dei considerato in diritto ove, raffrontando l'istituto del turno di ballottaggio delineato nella legge n. 52 del 2015 con la previsione del doppio turno di collegio presente nella legislazione elettorale francese, si osserva come «Il turno di voto qui scrutinato – con premio assegnato all'esito di un ballottaggio in un collegio unico nazionale con voto di lista – non può essere accostato alle esperienze, proprie di altri ordinamenti, ove al ballottaggio si ricorre, nell'ambito di sistemi elettorali maggioritari, per l'elezione di singoli rappresentanti in collegi uninominali di ridotte dimensioni. In casi del genere, trattandosi di eleggere un solo rappresentante, il secondo turno è funzionale all'obiettivo di ridurre la pluralità di candidature, fino ad ottenere la maggioranza per una di esse, ed è dunque finalizzato, oltre che alla elezione di un solo candidato, anche a garantirne l'ampia rappresentatività nel singolo collegio».

32. Sentenza n. 239 del 2018, punto 6.4 dei considerato in diritto, ove si afferma come «Si può osservare che sulla base di questo stesso argomento [l'insussistenza, nell'ordinamento UE, di un rapporto di fiducia in senso proprio] il Tribunale costituzionale tedesco ha dichiarato illegittima dapprima, con la sentenza del 9 novembre 2011, la previsione per le elezioni europee di una clausola di sbarramento del 5 per cento, e successivamente, con la sentenza del 26 febbraio 2014, la previsione di una clausola del 3 per cento. Ma ugualmente si deve ricordare che la Corte costituzionale della Repubblica Ceca, muovendo da una lettura del ruolo e delle funzioni del Parlamento europeo analoga a quella operata

tivo, a supporto argomentativo di scelte che trovano altrove il proprio prioritario fondamento. Anche gli apporti della giurisprudenza sovranazionale, quando di segno diverso rispetto all'orientamento della Corte, appaiono peraltro sbrigativamente liquidati come non rilevanti: così, ad esempio, in relazione alla sentenza CEDU Saccomanno v. Italia del 13 marzo 2012³³, pure relativa alle medesime norme della legge elettorale italiana sindacate dalla Corte nella sentenza n. 1 del 2014, in relazione alla quale il giudice costituzionale si limita icasticamente ad osservare che la sentenza della Corte Europea non assume nessun rilievo in quanto «Spetta, in definitiva, a questa Corte di verificare la compatibilità delle norme in questione con la Costituzione»³⁴.

Come si è osservato non risultano, dunque, passaggi nei quali il confronto con l'orizzonte comparatistico sia operato nella prospettiva di ricavare, dall'eventuale riscontro dell'isolamento e dalla non ragionevolmente motivabile eccentricità di un dato normativo sindacato presente nella legislazione elettorale italiana, un'indicazione, anche solo argomentativa, in ordine alla sua illegittimità costituzionale. Solo molto indirettamente e incidentalmente può cogliersi un riferimento comparatistico che muove in tale direzione nelle argomentazioni relative all'individuato legame tra la base proporzionale della formula elettorale e le aspettative dell'elettore di una tendenziale eguaglianza del voto valutata anche "in uscita", ovvero in una non eccessiva disproporzionalità del rapporto di traduzione dei voti in seggi³⁵.

Tale impiego "emergente" ma complessivamente prudente dello strumento della comparazione, che pure va posto in relazione con un corrispondente atteggiamento dei giudici rimettenti, appare poi tanto più evidente in relazione ad un istituto, quale il premio di maggioranza previsto a livello nazionale e implicante la predeterminazione in cifra fissa del numero di seggi da assegnare alla lista o coalizione prevalente nella competizione elettorale, che non trova riscontri negli ordinamenti assimilabili

dal Tribunale costituzionale tedesco, è pervenuta invece all'esito opposto e ha ritenuto che la previsione di una clausola di sbarramento del 5 per cento non sia costituzionalmente illegittima (sentenza 19 maggio 2015, Pl. ús 14/14)».

33. Su tale pronuncia, in relazione alla giurisprudenza costituzionale in materia elettorale, R. DICKMANN, *Rappresentanza v. governabilità. Rileggendo la sent. Corte EDU Saccomanno vs Italia del 13 marzo 2012, alla luce della sent. Corte cost. 1/2014*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014.

34. Sentenza n. 1 del 2014, punto 5 dei considerato in diritto.

35. Sentenza n. 1 del 2014, punto 3.1 dei considerato in diritto, in riferimento alla giurisprudenza del BVerGE tedesco.

alla tradizione giuridica italiana³⁶ e che avrebbe potenzialmente potuto costituire oggetto di una significativa comparazione per differenza: una eccezionalità normativa, una “incoerenza” sul piano comparatistico che in quanto tale non è stata, dunque, oggetto di esplicita valutazione.

7. *La giurisprudenza costituzionale in materia elettorale di fronte allo specchio dei vincoli di coerenza*

Volgendo lo sguardo dal piano dei singoli profili oggetto di argomentazione da parte della Corte nelle sentenze esaminate a quello dei tratti complessivi della giurisprudenza considerata, occorre in primo luogo osservare come la coerenza che può essere ricercata e valutata nelle pronunce della Corte costituzionale naturalmente non sia e non possa essere quella di una cristallizzata fissità, ma quella di una coerenza argomentativa e, per quanto riguarda gli esiti, di una evoluzione trasparente ed esplicita degli orientamenti: l'eventuale incoerenza emergerebbe infatti essenzialmente da un mutamento di orientamento giurisprudenziale che non risulti adeguatamente ed apertamente riconosciuto e coerentemente argomentato.

Da questo punto di vista appare apprezzabile l'esplicita assunzione di responsabilità in ordine alla scelta, indubbiamente innovativa e controversa, di “forzare” le maglie del filtro di ammissibilità delle questioni sollevate attraverso lo strumento (o, se si vuole, l'espediente) del giudizio di accertamento³⁷.

Altro dato con cui preliminarmente confrontarsi appare quello relativo all'articolazione ed eterogeneità dei profili di illegittimità costituzionale sollevati, con i quali la Corte è stata chiamata a pronunciarsi in materia elettorale: tale elemento, che, come è stato rilevato, può mettersi almeno in parte in relazione con lo strumento del giudizio di accertamento³⁸, con i suoi caratteri aperti all'esplorazione di tutte le molteplici potenzialità normative (e lesive) delle disposizioni sindacate, si riflette in una giurisprudenza costituzionale simmetricamente articolata, la cui

36. Su tali profili sia consentito rinviare a L. IMARISIO, *La nuova legge elettorale di fronte alla Consulta, tra questioni che tornano a bussare e questioni che restano fuori dalla porta*, in *Osservatorio AIC*, 2016, n. 2.

37. Su tali profili si rinvia, da ultimo, alle considerazioni sviluppate, nel presente volume, da F. BIONDI.

38. Id.

coerenza argomentativa risulterà prevedibilmente complessa da costruire e da ricostruire.

Pur con tale premessa, può osservarsi come meno chiaramente argomentati appaiono taluni passaggi nei quali si individuano, se non veri e propri revirement (non trattandosi del resto di passaggi strettamente connessi agli elementi decisori delle pronunce), divergenze di approccio e di valutazione da parte della Corte in relazione a taluni profili oggetto di riferimenti argomentativi.

Il dato più macroscopico, da tale punto di vista, appare il diverso impiego che nella più recente giurisprudenza costituzionale in materia elettorale risulta fatto del principio di eguaglianza in relazione all'esercizio del diritto di voto: dal tradizionale orientamento secondo cui nella materia elettorale il principio di eguaglianza rileverebbe essenzialmente "in entrata", quale uguale trattamento giuridico degli elettori in riferimento all'espressione del loro voto, si passa come noto nella sentenza n. 1 del 2014, all'attribuzione di un rilievo anche all'uguaglianza del voto "in uscita", nel senso di eguale peso tendenzialmente da attribuirsi al voto dei diversi elettori nella determinazione della composizione dell'assemblea parlamentare. Tale mutamento di orientamento non appare esplicitato, anche se la distanza temporale rispetto ai precedenti difformi può aver forse attenuato la percezione di un drastico revirement³⁹.

Un mutamento di orientamento (o, quantomeno, di atteggiamento) emergente dal raffronto tra sentenze tutte appartenenti alla più recente fase della giurisprudenza elettorale della Corte si può invece riscontrare in relazione all'individuazione del ruolo costituzionale e delle responsabilità dei partiti politici nel processo di selezione delle candidature per le elezioni parlamentari, con i relativi riflessi sulla concreta conformazione del principio di libertà del voto degli elettori. Sotto tale profilo si assiste infatti, come si è evidenziato, ad uno slittamento da un atteggiamento di sostanziale diffidenza e sfiducia nei confronti del ruolo dei partiti politici, ad un riconoscimento del rilievo costituzionale delle loro attribuzioni e del loro ruolo: al di là della valutazione circa la complessiva e persistente difficoltà (nonché della controversa opportunità) di ricondurre la materia "partitica" dalla sfera del politico a quella del giuridico, tratto che quasi fisiologicamente pare riverberarsi anche sulla giurisprudenza

39. Per una ricostruzione dell'evoluzione degli orientamenti in materia, V. PIERGILI, *Premio di maggioranza ed eguaglianza del voto. Osservazioni a margine della sentenza Corte cost. 1/2014*, in *Ianus*, 2014, 37 ss.; D. CASANOVA, *Eguaglianza del voto e sistemi elettorali. Profili costituzionali*, in *www.gruppodipisa.it*, 2018.

costituzionale, ciò che qui si può sottolineare è che tale slittamento appaia, se non dissimulato, quanto meno non argomentato e non esplicitato in quanto tale.

Così pure, sotto altro profilo, l'uso che della comparazione viene fatto nella giurisprudenza costituzionale in materia elettorale, nel suo essere (forse inevitabilmente) episodico e non sistematico, implica una scelta, una selezione dei profili di raffronto, con il richiamo dei soli elementi che risultano utili a confermare e rafforzare il percorso argomentativo della Corte.

Tanto nel primo quanto nel secondo caso, non pare si possa cogliere un elemento di incongruenza (o di dissimulazione) tale da poter indurre una radicale incoerenza argomentativa della Corte, tanto più che, come si è rilevato, i passaggi delle motivazioni in questione non paiono costituire il nucleo delle argomentazioni delle rispettive pronunce né l'elemento idoneo a determinarne il contenuto dispositivo.

Tuttavia può riconoscersi come il diffuso e articolato ricorso da parte della Corte nella propria giurisprudenza in materia elettorale ad argomentazioni variamente connesse a canoni di coerenza (non tanto, peraltro, nel senso di un impiego rigoroso dell'argomento della coerenza in chiave di tecnica interpretativa, quanto piuttosto, come si è segnalato, in quello dell'individuazione di un continuum coerenza-adequatezza-ragionevolezza), risulterebbe più incisivo se adottato in un contesto di piena trasparenza e responsabilità argomentativa da parte dello stesso Giudice costituzionale. Certamente la modulazione e la graduazione, nella giurisprudenza costituzionale, non solo delle tecniche decisorie ma anche dei percorsi argomentativi rappresenta uno strumento idoneo ad essere consapevolmente impiegato dalla Corte per costruire il dialogo con il proprio uditorio, considerando le possibili forme con cui questo recepirà e valuterà gli orientamenti e le argomentazioni del Giudice costituzionale come uno dei formanti del seguito delle decisioni stesse: ma se così è, resta compito e responsabilità di chi si confronta con tale giurisprudenza cercare di enucleare e sistematizzare anche quelle che, pur presentandosi (magari inizialmente) quali semplici asimmetrie argomentative, possono in nuce fornire indicazioni circa possibili dinamiche evolutive degli orientamenti del Giudice costituzionale o, comunque, contribuire a una più articolata comprensione della sintassi (o, più modestamente, del lessico e dell'ortografia) del linguaggio attraverso cui si esprime la Corte.

Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”: la materia della finanza pubblica

SOMMARIO: 1. Il crescente rilievo della dimensione economico-finanziaria nella giurisprudenza costituzionale. – 2. La Corte davanti al “fatto” costituito dall’incidenza delle questioni sul bilancio: i poteri istruttori e la valutazione di impatto finanziario. – 3. Il rilievo assunto dall’equilibrio di bilancio in motivazione: le pronunce che definiscono giudizi in cui l’art. 81 Cost. è evocato a parametro. – 4. (*Segue*) Le pronunce sugli atti normativi di politica economico-finanziaria e il superamento della discrezionalità del legislatore. – 5. (*Segue*) Decisioni a contenuto finanziario e tutela dei diritti sociali, anche con riguardo alle relazioni tra Stato e Regioni. – 6. La valutazione di impatto finanziario nel *decisum*. – 7. Quali tecniche decisorie di fronte alle questioni di finanza pubblica?

1. *Il crescente rilievo della dimensione economico-finanziaria nella giurisprudenza costituzionale*

Come risulta da una sommaria disamina delle sentenze depositate negli ultimi anni, la Corte costituzionale si trova sempre più frequentemente a ragionare di “finanza pubblica” anzitutto perché il “fatto” economico-finanziario entra in misura crescente nelle questioni di legittimità costituzionale. Quando la Corte è chiamata a pronunciarsi su scelte del legislatore che attengono alle risorse pubbliche, nel giudizio di costituzionalità subentra un dato fattuale che ha natura prettamente economico-finanziaria in quanto rinvia al “quantum”, cioè all’effettiva incidenza della decisione dell’organo di giustizia costituzionale sul bilancio pubblico.

Nell’economia del presente lavoro, non è certo possibile ripercorrere i diversi percorsi seguiti dalla giurisprudenza costituzionale negli ormai articolati “filoni” di pronunce sulla finanza pubblica, né dare conto di tutte le tecniche decisorie e dei criteri argomentativi utilizzati dalla Corte. È quindi necessario selezionare temi e questioni nell’ambito di una giurisprudenza assai articolata al fine di tracciare alcune coordinate circa le soluzioni elaborate dal Giudice delle leggi.

Occorre anzitutto precisare che tanto l'originaria previsione della copertura finanziaria (art. 81, quarto comma, Cost.), quanto le disposizioni costituzionali vigenti, in cui tale regola è rafforzata dal principio dell'equilibrio di bilancio (art. 81, commi primo e terzo, Cost.) non si applicano *direttamente* alle sentenze della Corte costituzionale. A tale conclusione si giunge muovendo, anzitutto, da argomenti testuali e logico-sistematici perché l'art. 81 Cost. è riferito agli organi politici, come indica anche la *sedes materiae* prescelta (Titolo I, Sezione II, "La formazione delle leggi"), mentre le decisioni della Corte rimangono quelle di un giudice, sicché gli equilibri finanziari non potrebbero essere opposti ai terzi per limitarne i diritti¹. Al Parlamento e al Governo è imposto l'obbligo di garantire la copertura *ex ante*, assicurando, cioè, l'adeguata quantificazione e il conseguente finanziamento degli oneri necessari contestualmente all'atto del disporre². Di ciò è sempre stato ben consapevole lo stesso legislatore, atteso che nella legge di contabilità è sempre stata prevista una norma rivolta a prevedere che Governo e Parlamento adottino le misure necessarie per fronteggiare le sentenze onerose³. In prospettiva non dissimile, la legge n. 87 del 1953, sulla costituzione e sul

1. In questo senso, A. PIZZORUSSO, *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 254 ss.

2. Cfr. M. LUCIANI, *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Giuffrè, Milano, 1993, 58; A. PIZZORUSSO, *Intervento*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, cit., 348 s.

3. Cfr. l'art. 7, comma 7, della legge n. 362 del 1988, il quale già rimetteva agli organi politici le misure da adottare in caso di sentenze onerose; principio ora previsto dall'art. 17, comma 13, della legge n. 196 del 2009, che così dispone: «Il Ministro dell'economia e delle finanze allorché riscontri che l'attuazione di leggi rechi pregiudizio al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, assume tempestivamente le conseguenti iniziative legislative al fine di assicurare il rispetto dell'articolo 81, quarto comma, della Costituzione. *La medesima procedura è applicata in caso di sentenze definitive di organi giurisdizionali e della Corte costituzionale recanti interpretazioni della normativa vigente suscettibili di determinare maggiori oneri*, fermo restando quanto disposto in materia di personale dall'articolo 61 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» (cors. ns.). Sul punto, cfr. M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, Giuffrè, Milano, 2014, 46; nonché V. FERRANTE, *La Corte costituzionale e le questioni con rilevanza economica*, in *La Corte costituzionale e l'economia*, Atti del ciclo di incontri tra giudici costituzionali, economisti, giuristi, a cura di M. Massa, Vita e Pensiero, Milano, 2018, 56 s.

funzionamento della Corte, e i regolamenti parlamentari hanno previsto una specifica disciplina rivolta ad assicurare il “seguito” in Parlamento delle sentenze della Corte costituzionale al fine di assicurare gli adempimenti necessari⁴, e, presumibilmente, fronteggiare anche i conseguenti oneri finanziari.

È stato però da tempo osservato che la dichiarazione di incostituzionalità avente ad oggetto una legge nella parte in cui, ad esempio, non estende un determinato beneficio costituzionalmente dovuto, determinata, cioè, dalla mancanza di una disposizione di legge corrispondente che deve assicurare l’obbligo della copertura, determinerebbe un’estensione degli impegni di spesa, con il rischio di creare un’incostituzionalità sopravvenuta, quale effetto congiunto della legge e della pronuncia di incostituzionalità, in contrasto con il precetto dell’equilibrio⁵. All’osservazione da ultimo richiamata potrebbe replicarsi che l’art. 81 afferma, ora come in origine, l’obbligo della *previa* copertura, per il quale il legislatore è tenuto a garantire l’adeguata quantificazione degli oneri e a provvedervi *in via preventiva*: all’atto dell’entrata in vigore della legge⁶.

Nondimeno, anche ammettendo, per quanto sopra detto, che l’art. 81 Cost. non sia rivolto alle sue decisioni, la Corte non può comunque non tenerne conto essendo tenuta a tutelare il principio di costituzionalità nella sua interezza, ivi incluso il precetto della copertura finanziaria⁷, tanto più in forza della formulazione riformata dalla legge costituzionale n. 1 del 2012 che ha introdotto il c.d. pareggio di bilancio⁸. In altre parole, il Giudice delle leggi è tenuto a garantire una tutela sistemica dei diversi principi costituzionali che si trovano tra loro in rapporto di integrazione reciproca, dovendo in essi necessariamente includere l’equilibrio di bilancio⁹.

4. Cfr. l’art. 30, secondo comma, della legge n. 87 del 1953 e gli artt. 108 reg. Cam. e 139 reg. Sen.

5. Secondo la tesi di G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l’art. 81, u.c., della Costituzione*, cit., 110 s.

6. Così, M. LUCIANI, *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, cit., 58; ID., *L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., 46.

7. Sull’inviolabilità dei limiti fissati dalle norme di copertura finanziaria, cfr. già E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa “che non costino”*, Giappichelli, Torino, 1991, 9.

8. Sul punto, cfr. M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e le questioni con rilevanza economica*, in *La Corte costituzionale e l’economia*, cit., 32.

9. In linea generale, cfr., in particolare, sentt. n. 264 del 2012, punto 5.4 del “Considerato in diritto”; n. 85 del 2013, punto n. 9 del “Considerato in diritto”. In specifico riferimento all’art. 81 Cost., cfr. sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016, ove la Corte, riprendendo

Il punto è capire che cosa significhi “tenere conto” dell’art. 81 Cost.: come individuare, cioè, le modalità e i limiti all’ingresso del parametro in parola nel giudizio di costituzionalità. Dal diverso fondamento ontologico ravvisabile tra diritti fondamentali ed equilibrio finanziario discende che i primi non sono bilanciabili con il secondo, trattandosi di entità disomogenee¹⁰. Il bilanciamento deve essere realizzato tra diversi principi e diritti costituzionali, mentre il fine ultimo del soddisfacimento dei diritti non può essere posto sullo stesso piano dei mezzi delle risorse finanziarie necessarie a conseguirlo¹¹. Ciò significa che l’esigenza di garantire i diritti a prestazione deve prevalere sull’equilibrio di bilancio, ma, come più volte precisato dalla Corte, essa è condizionata dalle scelte attuative del legislatore attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato con gli altri interessi costituzionalmente apprezzabili, tenuto conto dei limiti oggettivi in relazione alle disponibilità organizzative e ai mezzi di provvista¹²; scelte comunque sindacabili secondo canoni di ragionevolezza e di proporzionalità.

Per lo stesso ordine di ragioni l’equilibrio di bilancio può assumere rilievo nelle pronunce dei Giudici costituzionali che sono condizionate dalle ripercussioni finanziarie quando queste ultime rischiano di pregiudicare la sostenibilità nel tempo dei diritti stessi¹³. Non è facile però

quanto affermato nella sent. n. 260 del 1990, ha affermato che «nella materia finanziaria non esiste “un limite assoluto alla cognizione del giudice di costituzionalità delle leggi. Al contrario, ritenere che [il sindacato sulla materia] sia riconosciuto in Costituzione non può avere altro significato che affermare che esso rientra nella tavola complessiva dei valori costituzionali. [cosicché] non si può ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio [...] o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale” (sentenza n. 260 del 1990; in senso sostanzialmente conforme sentenze n. 188 del 2015 e 70 del 2012)» (sent. n. 10 del 2016, punto n. 2 del “Considerato in diritto”).

10. Cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, il Mulino, Bologna, 2018, 250.

11. Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Cedam, Padova, 1995, 126, per la nota tesi del «bilanciamento ineguale», secondo la quale l’efficienza economica deve recedere di fronte ai diritti, sia pure nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

12. Esemplificativa la sent. n. 455 del 1990, punto n. 3 del “Considerato in diritto”; conformemente, tra le tante, sentt. n. 218 e n. 304 del 1994; n. 27 del 1998; n. 200 del 2005; n. 203 del 2016, punto n. 8 del “Considerato in diritto”.

13. In questa prospettiva, per una recente lettura del principio di sostenibilità dei diritti, cfr. D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costi-*

comprendere fino a che punto l'argomento da ultimo richiamato possa espandersi sino a limitare l'effettività della tutela dei diritti costituzionali e sino a che punto la Corte possa conseguentemente richiamarlo per elaborare determinate tecniche decisorie. È presumibile che esso debba riferirsi alla sostenibilità nel tempo dei diritti delle generazioni *presenti* poiché l'ordinamento non conosce forme di responsabilità giuridica intergenerazionale, sicché i c.d. diritti delle generazioni future non possono entrare nel giudizio di bilanciamento con i diritti delle generazioni presenti, trattandosi di materiali eterogenei (questi ultimi certi, i primi indefinibili e indeterminati)¹⁴.

In prima approssimazione, possiamo distinguere alcune ipotesi in cui la “dimensione” finanziaria entra nel giudizio di costituzionalità: anzitutto quando il giudizio è in vario modo “condizionato” da elementi economico-finanziari presupposti alla decisione, intesi quali “fatti notori”, volendo utilizzare una categoria processual-civiltistica. Basti pensare all'andamento del tasso di inflazione, che costituisce elemento presupposto alle decisioni sulle questioni inerenti ai trattamenti salariali o pensionistici, o alla perdurante crisi economico-finanziaria, argomento più volte richiamato nelle sentenze degli ultimi anni per giustificare l'estensione delle misure di coordinamento della finanza pubblica o incursioni del legislatore statale in materie di competenza regionale, pur avendo la Corte più volte affermato che Governo e Parlamento devono affrontare la crisi senza alterare l'ordine costituzionale delle competenze¹⁵.

In realtà, l'emergenza economica entra come elemento presupposto in molte decisioni della Corte spesso orientandone il “verso”: si pensi alle numerose pronunce che hanno respinto le censure avverso i frequenti e

tuzionale di solidarietà intergenerazionale, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*, spec. 197 ss. Per una prima affermazione della responsabilità giuridica intergenerazionale, cfr. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, FrancoAngeli, Milano, 2008; nonché i contributi contenuti nel volume *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco e A. D'Aloia, Jovene, Napoli, 2008.

14. Sul punto, cfr. M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2008, 145 ss. Altro conto è impostare il tema della sostenibilità finanziaria nel tempo dei diritti in termini di doveri delle generazioni presenti nei confronti delle generazioni future, come si desume da recenti spunti della giurisprudenza costituzionale: cfr., in particolare, sentt. n. 88 del 2014, punto n. 7.2 del “Considerato in diritto” e n. 18 del 2019, punto n. 5.2 del “Considerato in diritto”.

15. Tra le tante, cfr. sentt. n. 148 del 2012, punto n. 3 del “Considerato in diritto”; n. 151 del 2012, punto n. 4 del “Considerato in diritto”; n. 99 del 2014, punto n. 4 del “Considerato in diritto”.

corposi provvedimenti legislativi di contenimento della spesa pubblica e di consolidamento dei conti pubblici, dettati dai vincoli che discendono dal diritto dell'Unione europea.

Uno dei punti di ricaduta più significativi di questi orientamenti della giurisprudenza costituzionale è rappresentato dall'ord. n. 17 del 2019, con la quale la Corte ha dichiarato inammissibile il conflitto tra poteri sollevato da un gruppo parlamentare di opposizione in relazione alla posizione della questione di fiducia sul maxi-emendamento del Governo con cui il Senato della Repubblica ha approvato il disegno di legge di bilancio per il 2019. In disparte ogni considerazione circa gli argomenti addotti per negare che sussistessero i requisiti sotto il profilo oggettivo ai fini dell'ammissibilità del conflitto, per quanto qui rileva la Corte ha negato che la riduzione dei tempi dell'esame parlamentare, effetto della necessità di rideterminare i saldi complessivi della manovra economico-finanziaria a seguito della «lunga interlocuzione con le istituzioni dell'Unione europea», integrasse «quelle violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei parlamentari che assurgono a requisiti di ammissibilità»¹⁶. In altre parole: l'elemento "presupposto" alla decisione, costituito dagli obblighi finanziari derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea¹⁷, determina l'esigenza di modificare i contenuti della manovra sotto la «pressione del tempo», per riprendere le parole della Corte, e implica, conseguentemente, «un'ampia modificazione del disegno di legge [di bilancio] iniziale» e la compressione dell'*iter legis*¹⁸.

Le pronunce richiamate dimostrano come l'incidenza immediata e diretta del "fatto" economico-finanziario nelle decisioni della Corte segua molteplici e complessi itinerari assumendo ad esempio rilievo: quan-

16. Ord. n. 17 del 2019, punti n. 4.4 e n. 4.5 del "Considerato in diritto".

17. In questa prospettiva, sui rischi di una decisione caducatoria della legge di bilancio, cfr. E. Rossi, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio* (21 febbraio 2019), in *Forumcostituzionale.it*, spec. 2.

18. Criticamente, sul punto, F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in *Federalismi.it*, n. 4/2019, spec. 4 s., il quale pone in rilievo «le contraddizioni dell'ordinanza stessa, stretta tra la necessità di stigmatizzare la prassi dei maxi-emendamenti proposti insieme con la questione di fiducia e la necessità di non mettere in crisi il delicato equilibrio politico-finanziario in cui si era sviluppata la manovra del 2019»; M. MANETTI, *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli interna corporis acta*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, spec. 618 s., la quale definisce «problematici e dubitativi» gli argomenti addotti dalla Corte per dichiarare il conflitto inammissibile, risolvendosi, essi, nell'idoneità del coinvolgimento della Commissione bilancio a «compensare la restrizione inferta ai poteri delle Camere» sotto la spinta dei vincoli al governo dei conti pubblici.

do l'art. 81 Cost. è evocato a parametro nel giudizio di costituzionalità avente ad oggetto leggi statali o, molto più spesso, leggi regionali; quando la Corte deve pronunciarsi su controversie tra enti dotati di autonomia finanziaria o sulle forme e i modi di esercizio della funzione di coordinamento della finanza pubblica; o, infine, quando la Corte adotta pronunce che “costano” (ad esempio le sentenze c.d. additive di prestazione) o, all'opposto, minimizza l'impatto finanziario delle proprie decisioni, sino ad utilizzare la tecnica della rimodulazione degli effetti temporali delle pronunce¹⁹.

Guardando poi all'evoluzione in senso diacronico della giurisprudenza costituzionale, deve essere osservato che, in origine, la Corte era particolarmente incline a valorizzare la discrezionalità del legislatore nelle scelte di indirizzo finanziario: essa si limitava, cioè, a un sindacato “a maglie larghe”, in cui l'unico limite riconosciuto alle decisioni allocative di Governo e Parlamento era costituito dal vincolo formale della copertura finanziaria delle leggi previsto dall'originario art. 81, quarto comma, Cost., peraltro di difficile giustiziabilità per ragioni tecniche inerenti all'accesso alla giustizia costituzionale sia in via incidentale (per il frequente difetto di rilevanza di questioni aventi ad oggetto disposizioni contenute nella legge di bilancio) sia in via principale (per la nota asimmetria tra Stato e Regioni che preclude a queste ultime di promuovere questioni in riferimento a parametri extra-competenziali, ivi incluso l'art. 81 Cost., salva dimostrazione della c.d. ridondanza delle supposte violazioni sulle loro attribuzioni costituzionali).

In questa prima fase, le scelte impositive e allocative del legislatore costituivano un limite al sindacato della Corte e fornivano spesso il presupposto di decisioni di inammissibilità, mentre, successivamente, il sindacato di costituzionalità diviene maggiormente stringente con l'introduzione dei canoni della ragionevolezza, proporzionalità e razionalità delle scelte finanziarie quali limiti della discrezionalità del legislatore, sulla cui base valutare la conformità a Costituzione delle disposizioni di legge impositive, allocative e redistributive, pur nei limiti segnati dai caratteri della decisione di bilancio come la più politica delle decisioni.

In questa prospettiva, la Corte ha progressivamente sviluppato ed utilizzato tecniche decisorie particolari in relazione alla legislazione economico-finanziaria di volta in volta sottoposta al suo vaglio.

Tra i possibili criteri di classificazione del copioso materiale giurisprudenziale in cui rileva sotto diverso e vario profilo la dimensione

19. Cfr., in particolare, sent. n. 10 del 2015.

economico-finanziaria, la soluzione qui di seguito privilegiata è quella di seguire la struttura delle sentenze della Corte costituzionale, in cui dalla narrazione del fatto, si passa all'esposizione della motivazione e quindi del dispositivo. Ciò potrebbe consentire di meglio comprendere come la Corte decide davanti a questioni "tecniche" di finanza pubblica.

In questa prospettiva, possiamo anzitutto distinguere le pronunce in cui i profili finanziari rilevano "in fatto", quelle in cui l'incidenza della dimensione economico-finanziaria assume particolare rilievo nella motivazione e, infine, quelle in cui la valutazione di impatto finanziario influisce direttamente sul *decisum* ed "entra" nel dispositivo.

Quanto alle prime, ci si riferisce, in particolare, alle decisioni rese in esito all'esercizio di poteri istruttori strumentali alla valutazione di impatto finanziario della questione di legittimità costituzionale.

Tra le decisioni in cui i profili finanziari rilevano "in diritto", vale a dire nella motivazione, si possono invece ricomprendere anzitutto quelle che definiscono giudizi in cui l'art. 81 Cost. è espressamente evocato a parametro, tenendo conto che la Corte muove sempre dal parametro nella determinazione della questione anche al fine di delimitare l'ambito della stessa. In questa categoria si possono includere le pronunce aventi ad oggetto atti normativi di politica economico-finanziaria di Governo e Parlamento, nelle quali in motivazione rilevano considerazioni circa la natura finanziaria della scelta operata dal legislatore. A questo stesso secondo gruppo si possono ricondurre le decisioni a contenuto finanziario in relazione alla tutela dei diritti (soprattutto sociali), quando, cioè, l'equilibrio di bilancio viene a condizionare, sia pure in vario modo, la garanzia costituzionale dei diritti stessi. Guardando al contenzioso degli ultimi anni ciò si è verificato soprattutto nelle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni. Non dobbiamo infatti dimenticare che dei tre grandi diritti sociali che assorbono larghissima parte delle risorse (salute, istruzione e previdenza), il primo e in buona parte il secondo sono affidati alle Regioni²⁰; sicché, di fronte a questioni soltanto apparentemente "tecniche", di contabilità pubblica, si pone, in realtà, il delicato problema di assicurare l'adeguatezza delle risorse finanziarie regionali al soddisfacimento di questi diritti.

L'ultima categoria di pronunce è rappresentata da quelle in cui i profili finanziari rilevano nel *decisum*. Si tratta delle decisioni in cui la valutazione dell'impatto finanziario dell'accoglimento ha indotto la Corte a

20. Sul punto, cfr., ad esempio, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 14 s.

differire nel tempo gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità. Il punto di massima estensione di tale orientamento è rappresentato dalla sent. n. 10 del 2015, con la quale la Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità della c.d. *Robin Tax* (addizionale all'imposta sul reddito delle società che operano nel settore petrolifero), rivendica esplicitamente il potere di rimodulazione degli effetti ed estende la clausola di irretroattività della pronuncia al giudizio *a quo*²¹, rescindendo così il nesso di pregiudizialità tra il giudizio principale e il giudizio di costituzionalità²².

In relazione a quest'ultima tipologia di decisioni, si pone poi il problema di assicurare alla Corte un'adeguata informazione preventiva degli effetti che esse potrebbero produrre e, conseguentemente, la scelta degli organi a cui eventualmente affidare la quantificazione e la valutazione di impatto finanziario delle pronunce stesse. Al riguardo, a parere di chi scrive è possibile ipotizzare la reintroduzione nell'ambito dell'organizzazione dello stesso organo di giustizia costituzionale di una struttura permanente rivolta alla elaborazione di dati e stime in via preventiva alla decisione, come già a suo tempo previsto, o rafforzare l'utilizzo di organismi esterni di controllo della finanza pubblica (su tutti: Corte dei conti e Ufficio parlamentare di bilancio), sia pure soltanto mediante il ricorso ai *poteri istruttori* di cui è dotata la Corte stessa.

2. *La Corte davanti al "fatto" costituito dall'incidenza delle questioni sul bilancio: i poteri istruttori e la valutazione di impatto finanziario*

La prima difficoltà di fronte alla quale la Corte si può trovare è costituita dalla incompleta o inesatta descrizione del dato fattuale relativo ai profili economico-finanziari. Ciò accade nei casi in cui siano sottoposti alla Corte un'ordinanza o un ricorso che, pur essendo autosufficienti, non sono adeguatamente formulati sotto il profilo della ricostruzione del contesto economico-finanziario o non sono sufficientemente esplicitati in punto di fatto; o, ancora, rispetto ai quali la Corte dubiti dell'esatta prospettazione o quantificazione delle implicazioni finanziarie.

21. Come sottolineato da E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, in *Giur. cost.*, 2015, 84.

22. Come rilevato per primo da M. BIGNAMI, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale* (18 febbraio 2015), in www.questionegiustizia.it.

In queste ipotesi, la prima tecnica a cui la Corte può ricorrere, invero scarsamente utilizzata, è quella dell'esercizio dei poteri istruttori.

Nei rari casi in cui il Giudice delle leggi ha fatto ricorso ai propri poteri istruttori formali (si contano 94 ordinanze istruttorie adottate dal 1956 ad oggi, in rapporto alle oltre 20.000 decisioni)²³, circa un terzo delle ordinanze hanno ad oggetto questioni finanziarie. Da questo punto di vista, il ricorso ai poteri istruttori è finalizzato a ricostruire il "contesto" economico-finanziario in cui la norma censurata si inserisce e ha trovato applicazione o a valutare l'impatto finanziario di una eventuale pronuncia di accoglimento.

È interessante notare che nei giudizi introdotti in via incidentale la percentuale delle ordinanze istruttorie aventi ad oggetto questioni finanziarie è molto più rilevante (15 su 47 ordinanze in totale) di quella delle ordinanze istruttorie in materia finanziaria adottate nei giudizi instaurati in via principale (2 soltanto su un totale di 23 ordinanze adottate). Ciò si spiega anzitutto alla luce dei caratteri del giudizio in via incidentale come giudizio indisponibile alle parti in cui la Corte, anche nella materia della finanza pubblica, ha fatto più frequente ricorso ai poteri istruttori, rispetto ai giudizi in via principale in cui essa, come si desume sempre più spesso dalla lettura delle sentenze degli ultimi dieci anni, può fare accertamenti esaminando i bilanci dello Stato e delle Regioni, o può rivolgersi direttamente alle parti anche durante le udienze al fine di ottenere dati e informazioni rilevanti²⁴.

In secondo luogo, la tendenza richiamata si giustifica in ragione di una sorta di presunzione che vige nel giudizio in via principale sulle questioni finanziarie, per la quale, ai fini dell'ammissibilità della questione, ricade sulla Regione ricorrente l'onere di provare con adeguata documentazione finanziaria l'assoluta impossibilità, conseguente all'applicazione delle norme impugnate, di svolgere le funzioni ad essa attribuite²⁵.

23. Per un recente approfondimento, cfr. M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, a cura di M. D'Amico e F. Biondi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 49 ss.

24. Con riguardo alla c.d. giurisprudenza della crisi, è interessante notare che, dal 2012, sono soltanto quattro le ordinanze istruttorie disposte, di cui una soltanto riguarda le conseguenze finanziarie: sul punto, cfr. M. TROISI, *Attività istruttorie, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 323.

25. Orientamento confermato dalla Corte dalla sent. n. 26 del 2014 alla sent. n. 84 del 2018.

3. *Il rilievo assunto dall'equilibrio di bilancio in motivazione: le pronunce che definiscono giudizi in cui l'art. 81 Cost. è evocato a parametro*

Il dato economico-finanziario così puntualmente individuato in punto di fatto dalla Corte costituzionale può influenzare la motivazione della sentenza.

Muovendo dai casi in cui l'art. 81 Cost. è evocato a parametro nel giudizio di legittimità costituzionale, occorre ricordare che la Corte ha emesso complessivamente circa 380 pronunce in cui è stato evocato a parametro l'art. 81 Cost. e più dei due terzi sono state rese per definire giudizi instaurati in via principale. Ciò dimostra che il principio della copertura finanziaria e dell'equilibrio di bilancio impatta più direttamente sui rapporti tra enti territoriali che sulle relazioni intersoggettive²⁶. In altri termini, le "strette" dell'accesso in via incidentale, specie in punto di rilevanza delle disposizioni contenute nella legislazione finanziaria, si riflettono sulla scarsa giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio, anche se negli ultimi anni si registra una maggiore "apertura" del Giudice delle leggi in favore dell'ammissibilità di questioni sollevate in riferimento agli artt. 81 e 119 Cost., soprattutto per l'esigenza di assicurare il parallelismo tra funzioni e risorse degli enti sub-statali, e, quindi, l'adeguato finanziamento dei servizi sociali nella perdurante crisi economico-finanziaria²⁷. A tale risultato si è giunti anche per il maggiore "attivismo" delle Sezioni regionali della Corte dei conti a presidio dell'equilibrio di bilancio non soltanto in sede di giudizio di parificazione²⁸, ma anche in sede di controllo²⁹, sia pure sempre in relazione a leggi regionali, dopo che, invece, era stata per lungo tempo assai poco sfruttato l'accesso alla giustizia costituzionale prefigurato dalla sent. n. 226 del 1976 sulla legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni in sede di

26. In questo senso, ad esempio, G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Il Filangieri - Quaderno 2011, Costituzione e pareggio di bilancio*, a cura di V. Lippolis, N. Lupo, G.M. Salerno e G. Scaccia, Jovene, Napoli, 2011, 214 s. e M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali*, cit., 39 s., che individuano nel giudizio in via principale la sede privilegiata ai fini dell'accesso alla Corte costituzionale nei giudizi che hanno ad oggetto l'art. 81 Cost., ritenendo, l'A. da ultimo citato, che «la problematica del rispetto dell'art. 81 Cost. si ponga nel confronto tra Stato e autonomie, piuttosto che in quello fra privati e P.A. o privati tra di loro».

27. Cfr., ad esempio, sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016.

28. Cfr. sentt. n. 181 del 2015; n. 89 del 2017; n. 196 del 2018; n. 138 e n. 146 del 2019.

29. Sent. n. 18 e n. 105 del 2019.

controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo e dell'amministrazione statale³⁰.

La tendenza da ultimo richiamata si manifesta, però, sempre nella definizione di giudizi di costituzionalità che hanno ad oggetto leggi regionali. Soltanto 2 delle circa 100 dichiarazioni di illegittimità costituzionale pronunciate dalla Corte per violazione dell'art. 81 Cost. avevano ad oggetto disposizioni di legge statale. Sicché l'art. 81 Cost., specie negli ultimi anni, assieme ai parametri costituzionali sul coordinamento della finanza pubblica e il consolidamento dei conti pubblici (artt. 97, primo comma, 117, terzo comma, e 119 Cost.), ha operato prevalentemente come meccanismo di controllo statale dei bilanci regionali³¹. Lo Stato ha dapprima assicurato limiti e vincoli alla spesa delle proprie amministrazioni, estendendoli a quelle regionali e locali sotto forma di principi di coordinamento finanziario e di equilibrio "dinamico" della finanza pubblica (inteso, cioè, non soltanto in senso statico, per cui ogni misura di spesa è soggetta all'obbligo della previa copertura, ma anche su un arco pluriennale, tra un esercizio finanziario e quello successivo), e, successivamente, ha impugnato davanti alla Corte costituzionale le leggi regionali per contrasto con l'art. 81 Cost., assicurando in tal modo un penetrante sindacato sulle forme di illegittimo ampliamento della capacità di spesa della legge regionale³².

30. Sul punto, cfr. già L. PALADIN, *Intervento*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, cit., 281; nonché R. BIN, *Zone d'ombra del controllo di legittimità e zone buie del ragionamento giuridico (note brevissime a Corte cost. 196/2018)*, in *Le Regioni*, 2019, 16 s. In disparte le questioni sollevate negli ultimi anni dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti in relazione a leggi regionali, sul versante statale la sent. n. 226 del 1976 ha avuto un solo "seguito" nella sent. n. 384 del 1991, con la quale è stata dichiarata ammissibile (e fondata) la questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni di una legge che disponeva interventi a favore degli enti delle partecipazioni statali, sollevata dalla Corte dei conti in sede di controllo nel corso del procedimento sull'ammissione al visto e alla registrazione di un decreto del Ministro del tesoro concernente variazioni allo stato di previsione della spesa dello stesso ministero.

31. Così, G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit., 216.

32. Per un approfondimento, sia consentito rinviare a G. RIVOSACCHI, *Autonomia finanziaria ed equilibrio di bilancio degli enti territoriali*, in *Costituzione e bilancio*, a cura di C. Bergonzini, FrancoAngeli, Milano, 2019, 259 s.

4. (Segue) *Le pronunce sugli atti normativi di politica economico-finanziaria e il superamento della discrezionalità del legislatore*

Molto spesso, però, la Corte elabora strategie argomentative e talvolta ricorre a peculiari tecniche decisorie in relazione a questioni inerenti all'equilibrio di bilancio o, più indirettamente, alla finanza pubblica anche quando l'art. 81 Cost. non è evocato a parametro.

Osservando in senso diacronico la giurisprudenza costituzionale, deve essere sottolineato come, trovandosi a scrutinare sempre più spesso disposizioni contenute nella legislazione economico-finanziaria, la Corte, in una prima fase, abbia adottato un numero cospicuo di decisioni di inammissibilità, richiamandosi frequentemente alla discrezionalità del legislatore, e utilizzando in tal modo la tecnica decisoria in parola al fine di salvaguardare lo spazio lasciato impregiudicato dalla norma costituzionale evocata a parametro. In altri termini: gli atti normativi di politica economica erano sostanzialmente rimessi alle scelte discrezionali del legislatore, trattandosi di decisioni a contenuto massimamente politico.

Agli stessi fini, sempre in questa prima fase della sua attività, la Corte ha spesso utilizzato un'ulteriore tecnica decisoria, richiamandosi all'impossibilità di adottare pronunce "a rime obbligate" e affermando che la norma censurata ben poteva rientrare nella pluralità di soluzioni attuative tollerate dalla norma parametro. In tal modo, la Corte ha valorizzato la responsabilità politica quale motore delle scelte economico-finanziarie, riconoscendo, dunque, ampia discrezionalità, con l'unico limite del necessario rispetto dell'obbligo della previa copertura finanziaria *ex art. 81, quarto comma, Cost.*, per le leggi che comportassero nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio pubblico³³. La soluzione, di per sé corretta, è ben presto apparsa insoddisfacente in quanto determinava decisioni di inammissibilità in relazione a situazioni normative che la stessa Corte sembrava ritenere incostituzionali, ma che, in caso di pronunce di fondatezza, avrebbero determinato maggiori alterazioni degli equilibri finanziari³⁴.

33. Cfr., tra le tante, sentt. n. 14 del 1964; n. 1 del 1966; n. 126 del 1979.

34. Al riguardo, di vero e proprio «paradosso di pronunce di inammissibilità [...] per eccesso di fondatezza» ha parlato V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, cit., 36. Critico nei confronti delle richiamate decisioni di inammissibilità per discrezionalità del legislatore anche R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, cit., 187 s.

Tale originario *self-restraint* era tra l'altro determinato da due elementi ostativi allo sviluppo di un più incisivo sindacato sulle scelte impositive, allocative e redistributive espresse dalla legge di bilancio e, più in generale, dalla legislazione tributaria e finanziaria: l'uno rappresentato da quanto sopra detto circa la valorizzazione della discrezionalità legislativa, e l'altro dai perduranti retaggi della teoria della legge di bilancio come legge meramente formale, per i quali tale atto soltanto formalmente poteva ascrivere alla categoria delle fonti di rango primario, rappresentando, in realtà, un "conto" presentato dal Governo al Parlamento, che, una volta approvato, diventava espressione di scelte politiche insindacabili³⁵.

In questa prima fase, la giurisprudenza costituzionale era quindi ancora influenzata dalla teoria formale-sostanziale, da cui seguiva la distinzione tra la legge di bilancio, intesa come sede in cui stabilire gli equilibri finanziari e pertanto rivolta a perseguire l'interesse finanziario, e le leggi di spesa, rivolte invece a garantire i diritti costituzionali e gli altri interessi di volta in volta costituzionalmente apprezzabili³⁶. Da un lato, la legge di bilancio non poteva modificare le altre leggi (il che non significava che fosse un atto meramente ricettizio, ma soltanto che poteva muoversi esclusivamente negli ambiti residuali non sufficientemente definiti dalla legislazione ordinaria); dall'altro lato, le normali leggi non dovevano pregiudicare gli equilibri stabiliti nel bilancio, né compromettere la competenza dei successivi bilanci a stabilirli³⁷.

Non per questo, però, la legge di bilancio poteva ritenersi una legge meramente formale: anzitutto perché la teoria formale-sostanziale non era compatibile con un ordinamento a Costituzione rigida, che viene a conformare i contenuti e la forza attiva e passiva di ogni fonte di rango primario, non potendosi perpetuare alcuna distinzione tra leggi mera-

35. Sul punto, cfr., per tutti, R. GNEIST, *Legge e bilancio. Controversie costituzionali in base alla crisi del governo prussiano del marzo 1878*, in R. GNEIST, *Legge e bilancio* e G. JELLINEK, *Legge e decreto*, a cura di C. Forte, Giuffrè, Milano, 1997, 3 ss., spec. 84 ss.

36. Per un approfondimento, cfr. V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1969, 399 ss. e 761 ss.; A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, Giuffrè, Milano, 1985, 273 ss.; ID., *Le decisioni di finanza pubblica secondo l'evoluzione della disciplina costituzionale*, in *La costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di C. Pinelli e T. Treu, il Mulino, Bologna, 2010, 351 ss.

37. Per un approfondimento di questa prospettiva, cfr. A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Giappichelli, Torino, 2005, 115 ss. e 161 ss.; nonché, volendo, G. RIVOCCHETTI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Cedam, Padova, 2007, 222 ss.

mente formali e “altre” leggi, atteso che ciascuna delle due tipologie assume una propria capacità innovativa nel disporre³⁸; e, in secondo luogo, per la semplice considerazione che la legge di bilancio, lungi dallo svolgere una funzione di mero “contenitore” rispetto alla legislazione sostanziale, aveva già assunto un contenuto piuttosto articolato, soprattutto sul piano delle modificazioni quantitative apportate, essendo in essa contenuti capitoli di spesa non sorretti “a monte” da autonome leggi di spesa³⁹.

Nondimeno, nella giurisprudenza costituzionale il superamento definitivo della teoria della legge di bilancio come legge meramente formale è avviato soltanto con la sent. n. 70 del 2012, con la quale la Corte ha per la prima volta dichiarato incostituzionali alcune disposizioni contenute in una legge (regionale) di bilancio che assicuravano un fittizio equilibrio mediante la contabilizzazione di un avanzo di amministrazione non giuridicamente accertato⁴⁰, e definitivamente realizzato con la sent. n. 10 del 2016, con la quale la Corte ha affermato che le leggi di bilancio «producono effetti novativi dell’ordinamento» ed esprimono «scelte allocative di risorse» e, in quanto tali, sono assoggettate al sindacato di costituzionalità⁴¹.

Andando per ordine, un primo punto di svolta della giurisprudenza costituzionale è rappresentato dalla sent. n. 260 del 1990, in cui la Corte ha affermato che il valore costituzionale dell’equilibrio finanziario non può più costituire presupposto per decisioni di inammissibilità che si richiama alla discrezionalità legislativa e che esso invece rappresenta un elemento della complessiva ponderazione dei valori costituzionali.

Più di recente, con le sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016, la Corte è tornata a chiarire i limiti del sindacato di legittimità costituzionale relativo alle scelte allocative e di politica economica operate dal legislatore, censurando, proprio sotto il profilo del canone della ragionevolezza e

38. Cfr., per tutti, cfr. F. MODUGNO, voce *Legge in generale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 900 ss., spec. 901 (in specifico riferimento al rigetto della tesi della legge di bilancio come legge meramente formale).

39. In questa prospettiva, cfr. S. BARTOLE, *Art. 81*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, art. 76-82, *La formazione delle leggi*, tomo II, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 245 ss.; N. LUPO, *Costituzione e bilancio. L’art. 81 della Costituzione tra interpretazione, attuazione e aggiramento*, Luiss University Press, Roma, 2007, 53 s.

40. Per un approfondimento, sia consentito rinviare a G. RIVOSECCHI, *Il difetto di copertura di una legge regionale di bilancio: la Corte accelera sul c.d. pareggio*, in *Giur. cost.*, 2012, 2335 ss.

41. Cfr. sentt. n. 188 del 2015, spec. punto n. 2 del “Considerato in diritto” e n. 10 del 2016, punto n. 2 del “Considerato in diritto”.

della proporzionalità, parte delle leggi regionali piemontesi di bilancio per il 2013 e per il 2014, che avevano apportato una consistente riduzione degli stanziamenti a favore delle province ad invarianza di funzioni ad esse affidate, per la violazione, tra l'altro, dell'art. 3 Cost., in quanto l'irragionevole e sproporzionata riduzione dei trasferimenti determina una riduzione dei servizi sociali⁴².

In estrema sintesi, si può riconoscere che un esame, per quanto sommario, della giurisprudenza costituzionale in materia di legislazione economico-finanziaria conferma l'impressione che l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto in una prima fase dalla Corte al legislatore abbia subito un graduale e progressivo temperamento attraverso il ricorso ai canoni di proporzionalità e ragionevolezza in senso strumentale.

5. (Segue) *Decisioni a contenuto finanziario e tutela dei diritti sociali, anche con riguardo alle relazioni tra Stato e Regioni*

Se di fronte alla legislazione di politica economica la Corte tende a esercitare un sindacato limitato, rispetto alla legislazione finanziaria che incide sui diritti sociali essa è fuoriuscita dallo schema tipico "valorizzazione della discrezionalità, salvo il limite della ragionevolezza", per sviluppare tecniche di giudizio e percorsi argomentativi più articolati e incisivi al fine di tutelare il nucleo "essenziale" o "incomprimibile" dei diritti che determina una spesa costituzionalmente necessaria⁴³. A questa stessa conclusione si potrebbe giungere sia aderendo alla teoria assoluta del contenuto del diritto, che ne individua una soglia invalicabile op-

42. Cfr., in particolare, sent. n. 10 del 2016, spec. punto n. 6.3 del "Considerato in diritto".

43. Nella giurisprudenza costituzionale più recente, cfr., ad esempio, sentt. n. 169 del 2017 e n. 117 del 2018, ove la Corte ha affermato la doverosità del finanziamento dei livelli essenziali di assistenza, a cui deve corrispondere «una coerente proiezione macroeconomica dei costi in termini di fabbisogno regionale» al fine di consentire l'emersione nei bilanci delle priorità allocative per fronteggiare la spesa costituzionalmente vincolata. In questa prospettiva, la giurisprudenza costituzionale ha ribadito la necessità di procedere alla determinazione e all'aggiornamento dei LEA, perché ciò offrirebbe alle Regioni, «un significativo criterio di orientamento nell'individuazione degli obiettivi e degli ambiti di riduzione delle risorse impiegate, segnando il limite al di sotto del quale la spesa – sempreché resa efficiente – non sarebbe ulteriormente comprimibile» (sent. n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del "Considerato in diritto"). Sul punto, v. anche sentt. n. 154 del 2017; n. 103 del 2018 e n. 197 del 2019, punti n. 3.1, n. 3.2 e n. 3.3 del "Considerato in diritto".

ponibile alla discrezionalità del legislatore⁴⁴, sia privilegiando la teoria relativa del contenuto minimo/essenziale, che tende a determinare tale contenuto nel giudizio di bilanciamento⁴⁵. Infatti, il nucleo essenziale del diritto deve ritenersi costituzionalmente garantito o *a priori* in quanto indisponibile al legislatore o *a posteriori* in quanto presidiato nel giudizio di bilanciamento. In questa seconda evenienza, però, si pone il problema dell'eventuale bilanciamento del diritto a prestazione considerato con l'equilibrio di bilancio.

In altre parole, la tecnica del bilanciamento come individuazione del contenuto minimo-essenziale ha determinato oscillazioni nella giurisprudenza costituzionale, poiché è la Corte stessa a stabilire fin dove, di volta in volta, debba estendersi il nucleo essenziale del diritto che può quindi essere utilizzato sia per estendere sia per limitare la tutela. Tale orientamento si manifesta negli argomenti e nelle tecniche a cui ricorre la Corte per decidere questioni sui diritti "costosi", utilizzati sia per censurare sia per "salvare" la legislazione che realizza il bilanciamento tra tutela del diritto ed equilibrio finanziario⁴⁶.

Negli anni in cui si è sviluppata la giurisprudenza costituzionale sui diritti finanziariamente condizionati, dopo aver affermato che la tutela

44. Cfr., ad esempio, I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1316 ss., spec. 1325, secondo la quale, alla stregua dei principi di diritto affermati dalla giurisprudenza costituzionale in una determinata fase (sent. n. 240 del 1994), «nessuna esigenza di ordine finanziario può giustificare una violazione del contenuto minimo essenziale dei diritti»; sicché «il legislatore dovrà farsi carico di reperire le risorse necessarie per assicurare a tutti tale minimo»; Id., *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2001, 1115 s.

45. Cfr. O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998, 1178 ss., spec. 1180 ss., secondo il quale «i diritti sociali acquistano lo status di situazioni soggettive garantite nella misura discrezionalmente determinata dal legislatore nel ragionevole bilanciamento con interessi costituzionali concorrenti», e 1182 s. (sul difficile bilanciamento tra diritti a prestazione ed equilibrio di bilancio).

46. In questo senso, ad esempio, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisive della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000, 122 ss.; Id., *Crisi economica e diritti fondamentali*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2013. Spazio costituzionale e crisi economica*, Jovene, Napoli, 2015, 164; G. AZZARITI, *La crisi economica come parametro nei giudizi di costituzionalità*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino, 2017, 387 s.

dei diritti a prestazione è condizionata dall'organizzazione e dai mezzi di provvista⁴⁷, la Corte ha progressivamente spostato i termini del controllo sul bilanciamento realizzato dal legislatore in favore dell'equilibrio di bilancio, valorizzando l'argomento delle risorse disponibili⁴⁸. Se guardiamo all'esempio maggiormente significativo costituito dalla tutela della salute, il diritto "costoso" per eccellenza, il Giudice delle leggi ha affermato che l'obiettivo della tutela dei diritti sociali può porsi in bilanciamento con il valore della sostenibilità finanziaria, anche quale «necessario presupposto della continuità dell'intervento pubblico nel settore», poiché «il dissesto ulteriore e perdurante del sistema porrebbe in pericolo la stessa ulteriore azione pubblica di tutela della salute»⁴⁹; sicché, sia pure

47. Dalla sent. n. 455 del 1990 sino alle sentt. n. 203 del 2016, punto n. 8 del "Considerato in diritto" e n. 192 del 2017, punto n. 9.2.4 del "Considerato in diritto".

48. In particolare: dalla sent. n. 455 del 1990 alla sentt. n. 203 del 2016, punto n. 8 del "Considerato in diritto".

49. In questo senso si può collocare la giurisprudenza costituzionale sul controllo sul bilanciamento tra diritti e risorse: ad esempio, con riferimento al diritto alla salute, dalla sent. n. 416 del 1995 (da cui sono tratte le espressioni virgolettate) alle sentenze della Corte sui piani di rientro dal disavanzo sanitario: cfr., ad esempio, sentt. n. 193 del 2007; n. 94 del 2009; n. 40, n. 52, n. 100 e n. 141 del 2010; n. 123 e n. 163 del 2011; n. 227 del 2015; n. 14 e n. 106 del 2017; n. 199 del 2018. L'orientamento particolarmente restrittivo della giurisprudenza costituzionale ha progressivamente spostato l'istituto in parola dalla tutela dei diritti all'equilibrio di bilancio, non consentendo, la richiamata giurisprudenza, alle Regioni sottoposte a piano di rientro di: attivare o prorogare funzioni inerenti alla gestione del servizio di elisoccorso di carattere sanitario (sentt. n. 320 del 2008; n. 32 del 2012); istituire registri tumori e centri per le cure oncologiche (sentt. n. 267 del 2010; n. 214 del 2012; n. 79 del 2013); assicurare la copertura integrale delle prestazioni riabilitative per anziani e disabili (sent. n. 123 del 2011); istituire nuovi enti nell'ambito del servizio sanitario regionale (sent. n. 131 del 2012); o, ancora, prevedere la corresponsione, in favore dei cittadini affetti da patologie oncologiche, di rimborsi con relativa assunzione di oneri ulteriori a carico del bilancio regionale per garantire un livello di assistenza aggiuntiva (sent. n. 104 del 2013); o, infine, accreditare strutture private per garantire il fabbisogno ospedaliero e incrementare le prestazioni aggiuntive (sent. n. 117 del 2018). La Corte ha ripetutamente censurato l'interferenza con l'attività del commissario *ad acta* per l'attuazione degli obblighi previsti dal piano anche nei termini di una mera «sovraposizione potenziale», a prescindere, cioè, dall'esistenza di un effettivo contrasto (cfr., per tutte, sentt. n. 110 del 2014; n. 227 del 2015; n. 266 del 2016; n. 14, n. 106 e n. 190 del 2017; n. 117 del 2018). Avrebbe potuto essere invece precisato – seguendo più risalenti orientamenti della stessa giurisprudenza costituzionale (cfr., ad esempio, sent. n. 131 del 2012) – che l'effetto interdittivo sui provvedimenti legislativi o amministrativi regionali volti ad innalzare il livello di tutela dei diritti dovrebbe prodursi nella misura in cui questi ultimi risultino incompatibili con gli impegni assunti dalla Regione ai fini del risanamento economico-finanziario, verificandone preventivamente l'effettiva incidenza sul disavanzo. In altre parole, in caso di dimostrata disponibilità di ulteriori risorse regionali rispetto a

con i ricordati limiti, la Corte sembra giustificare la contrazione delle risorse in vista di obiettivi di lungo periodo.

Senza qui potersi soffermare sui complessi e articolati itinerari seguiti dalla giurisprudenza costituzionale, tra gli argomenti richiamati si devono almeno ricordare: il principio di gradualità delle riforme onerose, spesso utilizzato dalla Corte per escludere l'inadeguatezza e l'incompletezza delle norme scrutinate; il contenuto minimo/essenziale del diritto, richiamato, come si è detto, sia per affermare sia per escludere l'incostituzionalità delle norme che determinano lesioni del nucleo essenziale dei diritti.

Quanto, invece, alle tecniche di giudizio, la Corte si è da tempo orientata nel senso di minimizzare l'impatto delle proprie pronunce mediante: decisioni di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata; additive di principio, che dichiarano l'incostituzionalità dell'inerzia del legislatore bilanciando il diritto del singolo alla prestazione con l'equilibrio finanziario, che sarebbe pregiudicato da una pronuncia di accoglimento *erga omnes*; additive di meccanismo, che dichiarano l'incostituzionalità di discipline attuative di diritti sociali nella parte in cui non prevedono un meccanismo di computo delle erogazioni finanziarie disposte dal legislatore (adeguamento, innalzamento, perequazione).

In definitiva, quando la Corte non aderisce alla teoria assoluta, ma alla teoria relativa del nucleo essenziale, il contenuto incompressibile del diritto rischia di diventare maggiormente poroso e la soglia opponibile alla discrezionalità del legislatore diventa meno invalicabile. Si pone pertanto il problema di assicurare il controllo sul bilanciamento realizzato dal legislatore tra diritto a prestazione ed equilibrio di bilancio: ciò che, in periodo di crisi, alla stregua delle richiamate tecniche decisorie, rischia di rendere meno chiaramente identificabile il contenuto essenziale dei diritti.

Il problema del controllo sul bilanciamento tra diritti e risorse si pone in larga prevalenza per le questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale, laddove il giudizio di costituzionalità è calibrato

quelle necessarie a finanziare il piano di rientro, potrebbe essere superata la presunzione che, stando alla più rigorosa giurisprudenza costituzionale, preclude l'innalzamento del livello di tutela dei diritti: in questo senso, la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che, dalla richiamata giurisprudenza costituzionale sui piani di rientro «ricava che una delimitazione o anche una riduzione delle prestazioni che sono al di sopra dei livelli essenziali non costituisce una loro violazione, ma al contrario, per una Regione sottoposta al Piano di rientro, costituisce un obbligo o un atto necessario, *che può essere evitato solo previa dimostrazione della sua inutilità*» (Cons. St., Sez. III, 6 febbraio 2015, n. 604; cons. ns.).

sull'eguaglianza rispetto all'individuazione dei beneficiari del contenuto essenziale del diritto. Nondimeno, esso può sorgere anche nei rapporti tra Stato e Regioni limitatamente ai casi di mancata determinazione dei livelli essenziali da parte statale, consentendo in tal modo alla Regione di interferire – per così dire “al ribasso” – con il contenuto essenziale del diritto; o ai casi in cui, in ipotesi, il legislatore statale determinasse il livello essenziale del diritto al di sotto del suo nucleo essenziale, così pregiudicandone la stessa garanzia costituzionale per quanto rimesso alle competenze regionali.

Quanto alle risorse, quelle destinate al finanziamento del contenuto essenziale del diritto, incluso nel livello essenziale, devono ritenersi indisponibili al legislatore, in quanto rivolte ad assicurare l'effettività del nucleo essenziale del diritto; quelle, invece, destinate al finanziamento delle prestazioni concernenti i livelli essenziali devono ritenersi costituzionalmente vincolate. La differenza tra le prime e le seconde può essere così riassunta: il legislatore non potrebbe non destinare le risorse costituzionalmente indisponibili alla tutela del contenuto essenziale del diritto; il legislatore potrebbe invece operare una *indiretta* riduzione delle risorse costituzionalmente vincolate, semplicemente rideterminando al ribasso i livelli essenziali, quale scelta di indirizzo politico, da cui discenderebbe una riduzione delle risorse ad essi destinate.

In un sistema come il nostro, a finanza prevalentemente derivata, in cui, cioè, le risorse regionali ancora dipendono in larga parte dai trasferimenti erariali, deve essere inoltre considerato che le scelte allocative del legislatore rivolte a garantire i diritti sociali si inseriscono nell'“intreccio” delle relazioni finanziarie tra diversi enti territoriali.

La Corte costituzionale è quindi chiamata a controllare che i diritti, almeno nel loro nucleo essenziale, siano adeguatamente finanziati, perché «è la garanzia dei diritti incomprimibili [intesa quale nucleo incomprimibile] ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»⁵⁰. Si tratta di un'affermazione molto netta e significativa, dopo anni di giurisprudenza costituzionale sui diritti finanziariamente condizionati, anche se occorre precisare – aspetto, questo, trascurato nei numerosi commenti alla sent. n. 275 del 2016 – che la Corte ha svolto le sue pregnanti motivazioni in relazione alla legge regionale, mentre, in altre pronunce, si è mostrata assai più cauta quando l'oggetto del giudizio era costituito da disposizioni di legge statale⁵¹.

50. Così, sent. n. 275 del 2016, punto n. 11 del “Considerato in diritto”.

51. Esemplificativa la vicenda relativa ai “tagli” al finanziamento delle funzioni provinciali disposti dalla legislazione finanziaria statale degli ultimi anni, ripetutamente fatta “salva”

In secondo luogo, la Corte deve controllare che nelle relazioni finanziarie tra Stato e autonomie territoriali sia assicurato un adeguato finanziamento delle funzioni distribuite tra i diversi livelli territoriali di governo per l'erogazione delle prestazioni.

Quanto detto trova conferma nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha cercato di sviluppare soluzioni e strategie argomentative volte a garantire non soltanto, come accadeva in passato, il principio collaborativo nelle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, ma anche, per quanto qui soprattutto interessa, la certezza delle risorse costituzionalmente necessarie a garanzia dei diritti.

In particolare, la Corte ha tentato di preservare la necessaria stabilità delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, muovendo dal principio di connessione tra funzioni e risorse, affermando: che la riduzione dei finanziamenti, quando incide sulle prestazioni e sui diritti, deve essere di carattere transitorio e temporaneo⁵²; che le proroghe dei limiti al finanziamento regionale devono collocarsi entro le compatibilità finanziarie definite nell'ambito di un trasparente confronto tra Governo e Parlamento, perché le ricadute sui servizi erogati devono essere valutate in sede politica, affinché vi sia piena consapevolezza e assunzione di responsabilità⁵³.

In secondo luogo, secondo questi significativi orientamenti della giurisprudenza costituzionale, la capacità di erogare le prestazioni concernenti i livelli essenziali è diventato il parametro su cui misurare: a) quanto alle leggi statali, la ragionevolezza dei “tagli lineari” dei finanziamenti agli enti sub-statali⁵⁴, nonché delle norme di c.d. autoordinamento (con le quali viene rimesso alle Regioni, in sede di intesa in Conferenza, il riparto degli oneri annuali conseguenti alla riduzione della spesa complessiva unilateralmente fissata dallo Stato); b) quanto alle leggi regionali, la proporzionalità e la ragionevolezza delle scelte allocative delle Regioni a tutela dei diritti a prestazione, individuando i livelli stessi il limite oltre il quale non può essere compresa la spesa costituzionalmente necessaria al soddisfacimento del diritto⁵⁵. In altre parole, una volta determinati, i livelli

dalla Corte, nonostante gli incisivi riflessi sui diritti sociali: tra le tante, cfr. sentt. n. 143, n. 159, n. 176, n. 202 del 2016, n. 205 del 2016; n. 84 del 2018.

52. Significativa, in questo senso, la sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del “Considerato in diritto”; nonché, tra le tante, sentt. n. 193 del 2012; n. 141 del 2016; n. 154 e n. 169 del 2017; n. 6 del 2019, punto n. 2 del “Considerato in diritto”.

53. Cfr., in particolare, sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del “Considerato in diritto”.

54. Cfr., in particolare, sentt. n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del “Considerato in diritto”; nonché n. 154 del 2017 e n. 103 del 2018.

55. Cfr., in particolare, sentt. n. 169 del 2017 e n. 117 del 2018.

essenziali indicano la necessaria soglia di tutela da garantire in tutto il territorio nazionale e il finanziamento delle prestazioni in essa incluse deve ritenersi costituzionalmente vincolato, a meno di pregiudicare l'eguaglianza dei diritti che invece si è scelto di garantire.

In definitiva, l'esame della coerenza e della proporzionalità delle scelte distributive e allocative rispetto alle funzioni assegnate agli enti sub-statali si configura nei termini di un giudizio di ragionevolezza "strumentale".

6. *La valutazione di impatto finanziario nel decisum*

Un ultimo gruppo di pronunce è costituito dalle sentenze in cui la valutazione economico-finanziaria "entra" nel dispositivo sotto forma di rimodulazione nel tempo della declaratoria di incostituzionalità. In altri termini: la Corte accerta il contrasto tra le disposizioni finanziarie censurate e le norme costituzionali evocate a parametro e, al contempo, limita o esclude che la dichiarazione di incostituzionalità possa spiegare i suoi effetti retroattivi, ritenuti insostenibili per le casse erariali.

Si tratta delle c.d. decisioni di incostituzionalità differita, nelle quali la Corte pur individuando il momento in cui sorge il *vulnus* costituzionale, sposta in avanti il termine di decorrenza degli effetti delle sue pronunce, differendo il *dies a quo* nel dispositivo della decisione. Tale differimento, quindi, non è legato alla natura del vizio, quanto piuttosto a una valutazione discrezionale da parte della Corte stessa. Sono pronunce in cui l'uso nel dispositivo della formula «dal momento in cui» appare realmente manipolativo, anche se, sino alla sent. n. 10 del 2015, era sempre stato agganciato all'entrata in vigore di una nuova disciplina o al verificarsi di nuove condizioni di fatto. Tali pronunce sono pertanto riconducibili a decisioni di incostituzionalità sopravvenuta⁵⁶.

Con la sent. n. 10 del 2015, invece, la Corte estende la clausola di irretroattività al giudizio *a quo* e rescinde così il nesso di pregiudizialità tra i due giudizi. Dichiarando costituzionalmente illegittima un'addizionale all'imposta sul reddito delle società (Ires) a carico di soggetti che abbiano conseguito per il periodo di imposta precedente un certo volume di ricavi e che operano nel settore petrolifero, la Corte ha accertato la violazione degli artt. 3 e 53 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità in quanto la norma denunciata si traduce in una stabile

56. Cfr. sentt. n. 501 del 1988; n. 50 del 1989; n. 1 del 1991.

maggiorazione di imposta sull'intero reddito delle società, e, soltanto successivamente, ha effettuato un bilanciamento atipico, o, meglio, ha richiamato l'art. 81 Cost. per modulare gli effetti temporali del *decisum*, adottando una pronuncia di incostituzionalità differita con clausola di irretroattività.

In senso non dissimile sembra andare la sent. n. 178 del 2015, in tema di sospensione delle procedure negoziali delle dinamiche retributive dei dipendenti pubblici rientranti nel regime della contrattazione collettiva, con la quale la Corte ha dichiarato incostituzionale il blocco temporaneo della contrattazione nel pubblico impiego differendo il *dies a quo* della declaratoria di incostituzionalità al giorno successivo alla pubblicazione della sentenza. Dal punto di vista della tecnica decisoria qui in esame, non lontana appare anche la sent. n. 188 del 2016, avente ad oggetto norme statali che riservavano all'erario il maggior gettito dell'imposta municipale propria (IMU) applicabile ai comuni, il cui dispositivo, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate «con gli effetti di cui in motivazione», ha limitato gli effetti temporali della pronuncia stessa.

Si tratta di pronunce in cui la Corte guarda esclusivamente agli effetti finanziari delle pronunce, utilizzando la tecnica del bilanciamento in maniera atipica, in quanto rivolta *esclusivamente* a limitare l'impatto finanziario. In altre parole, le conseguenze sull'equilibrio di bilancio che si sarebbero determinate per effetto di decisioni di accoglimento "secco" hanno indotto i Giudici costituzionali a segnare la netta prevalenza dell'art. 81 Cost. nel *decisum*, sebbene il precetto dell'equilibrio non fosse mai stato evocato a parametro in quei giudizi.

Invece, in altre pronunce, come la sent. n. 70 del 2015, con la quale è stata dichiarata incostituzionale la norma sulla sospensione della rivalutazione delle pensioni per gli anni 2012-2013, il Giudice delle leggi, pur richiamando le esigenze di contenimento della spesa perseguite dalla disposizione denunciata, ha adottato una pronuncia di accoglimento facendo prevalere nel bilanciamento il diritto alla previdenza⁵⁷. Poiché la norma censurata in quel giudizio disponeva il blocco biennale della

57. Rivalutando, cioè, il «posto dei diritti», trattandosi di estensione di trattamento maggiormente favorevole che non discende dal principio di eguaglianza, ma dalla violazione di principi costituzionali, in quanto, in questi casi, le «domande di tutela [...] non dovrebbero essere condizionate dalla disponibilità di risorse economiche»: cfr. G. Di COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica* (3 giugno 2016), in *Forumcostituzionale.it*, 5 s. (cui appartengono le espressioni virgolettate).

rivalutazione delle pensioni (ed aveva quindi già esaurito i suoi effetti), la modulazione temporale degli effetti disposta dalle sentenze sopra richiamate non sarebbe stata tecnica utilizzabile. La Corte, semmai, avrebbe potuto minimizzare l'impatto della pronuncia con un'additiva di principio, rinviando al legislatore la determinazione delle pensioni di importo meno elevato per le quali far valere la rimozione del blocco della rivalutazione effetto del dispositivo di accoglimento⁵⁸.

Le pronunce in cui la Corte si pone il problema della valutazione di impatto finanziario nel *decisum* pongono infine il problema, che qui può essere soltanto cennato, relativo all'introduzione di strumenti di quantificazione preventiva degli oneri finanziari delle sentenze stesse.

A tali fini, potrebbe essere anzitutto ripristinato l'apposito Ufficio per la valutazione delle conseguenze finanziarie delle pronunce già a suo tempo istituito nell'ambito del Servizio Studi (e successivamente soppresso), la cui attività di quantificazione degli oneri era funzionalmente dipendente dalla Presidenza della Corte e, quindi, collegata alla formazione del ruolo delle cause (o, in taluni casi, alla nomina del giudice relatore)⁵⁹. Tale opzione è quella che appare maggiormente sintonica con i principi di autonomia e indipendenza che sorreggono l'organo di giustizia costituzionale. In alternativa, a parere di chi scrive l'utilizzo agli stessi fini di qualsiasi altro organo, *esterno* all'organizzazione della Corte, dovrebbe essere ricondotto nell'alveo dei poteri istruttori del Giudice delle leggi. Questa soluzione avrebbe anche il pregio di formalizzare la valutazione di impatto finanziario delle pronunce valorizzando il principio di collegialità dell'organo.

Deve essere in ogni caso sottolineato che le funzioni di garanzia del precetto dell'equilibrio affidate a organi di più recente istituzione, come l'Ufficio parlamentare di bilancio, sono rivolte nei confronti di Parlamento e Governo e rispondono a principi costituzionali e del diritto

58. In questo senso, ad esempio, P. VERONESI, *La coerenza che non c'è: sugli effetti temporali delle pronunce d'accoglimento (e sulla sorte dell'equilibrio di bilancio) dopo le sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quad. cost.*, 2015, 696 s.

59. Istituito con decreto del Presidente della Corte 29 marzo 1995, n. 8662, sulla base della delibera dell'Ufficio di Presidenza ai sensi dell'art. 17 del regolamento dei servizi e del personale e denominato «Servizio Studi - Sezione per la documentazione degli oneri finanziari delle decisioni»: al riguardo, cfr. T. GROPPI, *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, in *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Imperia, 12-13 maggio 1995, a cura di P. Costanzo, Giappichelli, Torino, 1996, 269 ss., spec. 275 ss.

dell'Unione europea che non sono sovrapponibili alla funzione di assicurare il primato della Costituzione in tutte le sue parti, a cui è invece chiamato l'organo di giustizia costituzionale. In altre parole, se la garanzia obiettiva della costituzionalità dell'ordinamento sotto il profilo dell'equilibrio di bilancio non può fare premio sulla tutela dei diritti costituzionali, la Corte deve poter attivare *in autonomia* gli strumenti di valutazione di impatto finanziario delle proprie decisioni, rischiando altrimenti di irrigidire le esigenze istruttorie e di introdurre forme di dipendenza funzionale da altri organi ai fini della quantificazione degli oneri delle pronunce stesse⁶⁰.

60. Da questo punto di vista, anche a prescindere dal loro carattere "reattivo" rispetto a sentenze "di spesa" (non è certamente un caso che abbiano fatto seguito alla sent. n. 70 del 2015), non dissimile, peraltro, dalle reazioni parlamentari del passato, spesso fortemente critiche di fronte a importanti pronunce della Corte in materia finanziaria (basti pensare alle proposte di legge costituzionale presentate a seguito della sent. n. 226 del 1976, rivolte a limitare l'accesso incidentale della Corte dei conti in sede di controllo alla giustizia costituzionale), non convincono le proposte di legge rivolte a irrigidire l'istruttoria e, soprattutto, a istituzionalizzare il ricorso a organi "esterni" (Ufficio parlamentare di bilancio) ai fini della valutazione di impatto finanziario delle sentenze della Corte costituzionale (cfr., ad esempio, A.S. n. 1952, XVII legislatura, D.d.l. *Lanzillotta ed altri*). Per quanto apprezzabile l'intento di affrontare il tema, ormai imprescindibile, delle conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale affidando funzioni istruttorie a un consulente così qualificato, capace di fornire dati e stime degli effetti delle sentenze attendibili e politicamente "neutre" in forza della legittimazione tecnica del *Fiscal Council*, proposte di questo tipo rischiano di rivelarsi inutili o dannose: inutili, qualora intendessero utilizzare lo strumento delle ordinanze istruttorie per l'acquisizione di stime e dati finanziari che già, a diritto costituzionale vigente, è nella piena disponibilità dell'organo di giustizia costituzionale (come dimostrano l'istruttoria condotta in relazione alla sent. n. 188 del 2016 ai fini della valutazione di impatto finanziario delle norme statali che riservavano all'erario il maggior gettito dell'imposta municipale propria applicabile ai comuni e, da ultimo, l'istruttoria disposta *contestualmente* alla sent. n. 197 del 2019, anche *nei confronti* dello Stato, ai fini della verifica dell'effettivo finanziamento dei livelli di assistenza), o qualora si limitassero a consentire l'utilizzo dell'Ufficio parlamentare di bilancio nella valutazione di impatto finanziario (di cui la Corte può già disporre nell'esercizio dei *propri* poteri istruttori); dannose, qualora le richiamate proposte intendessero invece rendere necessaria e vincolante per l'organo di giustizia costituzionale la valutazione di impatto finanziario svolta da soggetti "esterni" perché tali proposte si porrebbero in contrasto con i principi di autonomia e indipendenza organizzativa e funzionale del Giudice delle leggi e con i caratteri del processo costituzionale (che presuppongono vincoli deboli alle esigenze istruttorie), rischiando, inoltre, di differenziare la posizione della Corte costituzionale da quella degli altri organi giurisdizionali quanto all'incidenza dell'equilibrio di bilancio sulle pronunce rese.

7. Quali tecniche decisorie di fronte alle questioni di finanza pubblica?

L'articolazione delle tecniche decisorie progressivamente sviluppate dalla Corte costituzionale di fronte alle questioni di finanza pubblica ha consentito di introdurre uno strumentario difficilmente immaginabile quando l'organo di giustizia costituzionale si era trovato ad affrontare i temi qui in esame.

Il rilievo assunto dalla dimensione finanziaria si è riflesso sulle diverse parti delle sentenze: dalla valutazione del “fatto finanziario” e della sua incidenza sulle questioni da decidere, all'ingresso dell'equilibrio di bilancio in motivazione nei diversi “filoni” della giurisprudenza costituzionale, alle decisioni a contenuto finanziario rispetto alla tutela dei diritti a prestazione e alle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, per giungere alla valutazione di impatto finanziario nel *decisum*.

L'analisi condotta dimostra come la Corte abbia tentato di elaborare strategie argomentative e arricchire il suo strumentario decisionale per assicurare il controllo di costituzionalità sulle scelte allocative e redistributive del legislatore e, in particolare, sul bilanciamento da esso realizzato tra diritti a prestazione ed equilibrio di bilancio. Nella perdurante crisi economico-finanziaria, poi, le tecniche decisorie stanno progressivamente rispondendo alla necessità di assicurare certezza e stabilità alle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, presupposto indefettibile per garantire l'effettività dei diritti la cui cura è affidata agli enti sub-statali.

In questa prospettiva, la Corte è ad esempio arrivata a combinare diverse tecniche decisorie per assicurare il principio di connessione tra funzioni e risorse ai diversi livelli territoriali di governo e, conseguentemente, per tutelare l'erogazione delle prestazioni sociali. Basti pensare che a decisioni di inammissibilità e a sentenze interpretative di rigetto possono fare seguito pronunce additive di principio, al fine di assicurare l'adeguato finanziamento delle funzioni e dei diritti. Esemplificativa, al riguardo, la già richiamata vicenda dei “tagli” ai finanziamenti delle province disposti, a invarianza delle funzioni, dalla legislazione finanziaria statale degli ultimi anni, ripetutamente fatti “salvi” dalla Corte sino alla sent. n. 137 del 2018 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'intervento del legislatore statale nella parte in cui non disponeva la riassegnazione delle risorse alle Regioni e agli enti locali subentrati nell'esercizio di funzioni provinciali non fondamentali. In tale occasione, la Corte ha fatto ricorso a una pronuncia additiva di principio che, di fronte alla lacuna normativa, ha reso esplicito quanto era stato dedot-

to in via interpretativa dalle precedenti sentenze⁶¹. O, ancora, si pensi alle già richiamate pronunce sulle leggi regionali di bilancio piemontesi dichiarate incostituzionali perché non garantivano il finanziamento dei servizi sociali (sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016), rimettendo, in tal modo, la Corte al legislatore regionale la determinazione delle cifre da destinare a tali spese costituzionalmente necessarie. Con tali pronunce, assimilabili a «particolarissime additive di principio»⁶², il Giudice delle leggi è giunto a dichiarare (rispettivamente, per i bilanci 2013 e 2014) l'incostituzionalità dell'unità previsionale di base UPB DB05011, capitolo 149827R, del bilancio regionale «nella parte in cui non consent[er]e di attribuire adeguate risorse per l'esercizio delle funzioni conferite [...] dalle [...] leggi regionali».

Alla stregua di quanto detto, ci si dovrebbe chiedere sino a che punto la Corte possa utilizzare tecniche decisorie di questo tipo per estendere il proprio sindacato sulle scelte allocative del legislatore nei casi di inadeguato finanziamento del nucleo incompressibile dei diritti, arrivando quindi a limitare, pur senza sostituirsi ad esse, le scelte discrezionali che si esprimono nella decisione massimamente politica costituita dall'approvazione della legge di bilancio.

Muovendo da questa prospettiva, potrebbe sorgere l'interrogativo in merito all'utilizzo delle tecniche decisorie e argomentative sviluppate negli ultimi anni – secondo le quali, ad esempio, i “tagli” dei finanziamenti regionali sono ritenuti conformi a Costituzione soltanto nella misura in cui vengono comunque garantiti i livelli essenziali – al fine di sviluppare forme di controllo sulle scelte legislative di distribuzione delle risorse in relazione alle «*priorità costituzionali*»⁶³.

A tali fini, l'analisi condotta conferma lo sviluppo di criteri argomentativi e di tecniche decisorie sempre più incisive rispetto alle scelte

61. Sentt. n. 205 del 2016 e n. 84 del 2018. Sul punto, cfr. V. MARCENÒ, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi alle lacune tecniche? Il particolare caso della mancata riassegnazione delle risorse agli enti subentranti dopo la riforma Delrio* (4 dicembre 2018), in *Forumcostituzionale.it*, 6.

62. Così, F. PALLANTE, *Introduzione* a questo Seminario.

63. Cfr. L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, Milano, 2015, 398 ss., che ipotizza il ricorso al giudizio di ragionevolezza per sindacare le decisioni di spesa con sentenze additive o sostitutive al fine di tutelare le priorità indicate dalla Costituzione nella destinazione delle risorse finanziarie, «muovendo dalla distinzione tra destinazioni di fondi *doverose*, *consentite* e *vietate*», nella cui scia F. PALLANTE, *Dai vincoli “di” bilancio ai vincoli “al” bilancio*, in *Giur. cost.*, 2016, 2522 s.

del legislatore. Al riguardo, deve essere però ribadito che il controllo di costituzionalità sull'impiego delle risorse rispetto alle "priorità" indicate dalla tavola dei valori costituzionali trova alcuni limiti di sistema. Tra i diritti e i valori costituzionali da bilanciare non può essere infatti riconosciuto alcun ordine gerarchico⁶⁴, poiché all'interno di ciascuna norma costituzionale sui diritti è tracciabile un nucleo essenziale, ma non è ravvisabile alcuna scala di valori costituzionali. Ne consegue che le priorità allocative delle risorse non possono essere individuate in base a un predeterminato ordine di valori costituzionali, ma soltanto rispetto al nucleo essenziale dei diritti costituzionalmente garantiti che vengono in rilievo di volta in volta.

In fondo, non sono sfide nuove quelle che la Corte è chiamata oggi ad affrontare nel decidere questioni di finanza pubblica.

64. Cfr., per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 11 ss. e 170 ss.

La Corte costituzionale davanti alle “questioni tecniche” in materia di tutela dell’ambiente

SOMMARIO: 1. Alcune indispensabili premesse di contesto. – 2. La sostanziale estraneità delle questioni tecniche ambientali nelle decisioni della Corte costituzionale e il problema delle ragioni in grado di spiegare tale fenomeno. – 2.1. L’assoluta prevalenza nei giudizi costituzionali in materia ambientale di questioni incentrate sulla distribuzione dei poteri, anziché sul contenuto dei poteri. – 2.2. La “dottrina” dei limiti del sindacato del Giudice costituzionale sulle questioni tecniche sottese alla normativa ambientale. – 2.3. Le “riserve di amministrazione” ricavabili dalla legislazione statale come limite al contenuto tecnico-scientifico della legislazione regionale. – 2.4. La “fuga” del Giudice costituzionale dalle questioni tecniche ambientali rilevanti per il sindacato di costituzionalità. – 3. Considerazioni conclusive.

1. *Alcune indispensabili premesse di contesto*

Per impostare correttamente una riflessione sulle modalità con cui il Giudice costituzionale italiano si relaziona con le questioni tecniche in materia di tutela dell’ambiente, è necessario, innanzitutto, comprendere preliminarmente che cosa debba intendersi con l’espressione “questioni tecniche” *in subiecta materia*, chiarendo altresì quale ruolo tali “questioni” assumano con specifico riferimento alle politiche ambientali e, in particolare, alla produzione pubblica del diritto nella materia della tutela dell’ambiente, considerato che proprio la legislazione costituisce l’oggetto principale del sindacato di costituzionalità affidato a colui che, per l’appunto, è conosciuto come “Giudice delle leggi”.

A questi fini, è indispensabile prendere le mosse da una prima constatazione: nel campo della tutela ambientale il rapporto tra politica/azione pubblica, da un lato, e scienza/tecnica, dall’altro, costituisce un binomio inscindibile ed è ormai acquisizione consolidata degli ordinamenti giuridici più evoluti. Se si guarda, ad esempio, al modello dell’ordinamento sovranazionale europeo, non è difficile identificare gli elementi fondamentali che rendono ragione della necessaria e permanente

interazione tra “politica” e “scienza” in materia di tutela dell’ambiente e degli ecosistemi. Nei trattati europei, infatti, per un verso si configura senza equivoci il c.d. “approccio per politiche”, in luogo di quello – più arcaico e assolutamente inadeguato – “per situazioni giuridiche soggettive”, che deve caratterizzare l’intervento dei pubblici poteri nella materia in questione¹; per altro verso, tuttavia, sono parimenti inequivoche le epifanie esplicite da cui si ricava l’indispensabilità del fondamento e/o del contenuto “tecnico-scientifico” delle politiche ambientali, a partire dai principi di precauzione, prevenzione e correzione alla fonte², nonché da almeno due dei c.d. “parametri” di

1. Si vedano, al riguardo, le basi giuridiche dell’intervento delle istituzioni europee nella materia ambientale contenute nell’art. 3, par. 3, del TUE e nell’art. 191, par. 1, del TFUE, nonché – con specifico riferimento all’impostazione volta a privilegiare decisamente l’approccio “per politiche” anziché il riconoscimento diretto di situazioni soggettive di livello “costituzionale” – l’art. 11 del TFUE e l’art. 37 della Carta dei diritti fondamentali, laddove appare estremamente significativo che, proprio nella sede deputata a riconoscere i diritti fondamentali dell’ordinamento dell’Unione, all’art. 37, intitolato alla “*Tutela dell’ambiente*”, si sia avvertito il bisogno di confermare che quest’ultima non può prescindere dall’approccio “per politiche” – ossia, in sintesi estrema, da un approccio che richiede la indispensabile mediazione della legislazione e dell’amministrazione prima di consegnare gli interessi meritevoli di tutela nelle mani dei giudici – limitandosi a ribadire quanto già ricavabile dalle disposizioni generali dei trattati sopra richiamate: «Un livello elevato di tutela dell’ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell’Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

2. Tali principi, com’è noto, sono espressamente elencati nell’art. 191, par. 2, TFUE, quali altrettanti “fondamenti” della politica dell’Unione in materia ambientale. Solo per richiamare, tra questi, l’esempio più significativo, si pensi alle frontiere aperte dal *principio di precauzione* e dalla sua attitudine a imporre che la politica ambientale venga rivolta non soltanto alla prevenzione dei danni all’ambiente riconducibili con certezza a determinate attività, ma anche al governo dei rischi individuati che risultino, pur tuttavia, connotati da incertezza scientifica, con ciò rendendo giuridicamente necessario il governo dinamico di tali situazioni di incertezza mediante la combinazione in un unico processo decisionale “permanente” di valutazioni tecnico-scientifiche (quali quelle sul rischio incerto) e di valutazioni prettamente politiche (quali quelle sul grado di accettabilità di tale rischio da parte delle collettività potenzialmente esposte). Al riguardo, in questa sede, non si può che rinviare alla tuttora attualissima Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000 - COM (2000) 1 *final*, nella quale vengono forniti alcuni orientamenti essenziali – in buona parte confermati e sviluppati nella specifica Risoluzione approvata dal Consiglio europeo di Nizza il 9 dicembre 2000 e ampiamente fatti propri anche a livello giurisprudenziale – circa gli strumenti e le modalità per una corretta applicazione del principio di precauzione nei casi di adozione di decisioni pubbliche collegate alla limitazione e alla gestione dei rischi caratterizzati da incertezza scientifica; si veda,

cui le istituzioni dell'Unione devono sempre necessariamente tenere conto nella predisposizione della propria politica in materia ambientale, ovvero i “dati scientifici e tecnici disponibili” e l'analisi “costi-benefici”³.

All'interno della cornice disegnata dall'inscindibilità del binomio politica/scienza si innesta poi una seconda, doverosa, constatazione: se è vero, infatti, che le politiche ambientali non possono fare a meno di “conformare” i comportamenti umani mediante la introduzione tanto di regole vincolanti quanto di regole incentivanti, è del tutto evidente che, in questa materia, la produzione pubblica di norme giuridiche è strumento irrinunciabile, ancorché certamente non esclusivo. Ciò che più rileva ai fini dell'odierna riflessione, però, è che tali norme giuridiche – in forza e in ragione del binomio inscindibile cui si è fatto cenno – finiscono quasi sempre (e salvo rare eccezioni) per trovare fondamento e/o assumere contenuti di natura “tecnico-scientifica”, richiedendo che nella loro produzione sia sempre assicurata e adeguatamente valutata l'acquisizione degli apporti dei saperi specialistici delle c.d. “scienze dure”. Se si accoglie, ancorché in via meramente stipulativa e ai soli fini della trattazione del tema che ci occupa, una nozione di “normazione tecnica” misurata sulle predette caratteristiche (e, dunque, come produzione pubblica di norme giuridiche a contenuto e/o fondamento tecnico-scientifico)⁴, è senz'altro possibile affermare, senza timore di smentita, che la produzione pubblica del diritto dell'ambiente consiste pressoché sempre – e,

inoltre, volendo, M. CECCHETTI, *Principio di precauzione e produzione pubblica del diritto. La funzione normativa di fronte alle sfide del “governo” dell'incertezza scientifica*, in G. GUERRA - A. MURATORIO - E. PARIOTTI - M. PICCINI - D. RUGGIU (a cura di), *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Bologna, 2011, pp. 121-158, e ivi l'ampia bibliografia citata.

3. Tali “parametri” sono elencati nell'art. 191, par. 3, TFUE, il quale contempla espressamente la necessità che la politica ambientale dell'Unione sia sempre parimenti fondata sulla considerazione dei «dati scientifici e tecnici disponibili» e delle «condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione», su un'analisi preventiva costi/benefici, ossia «dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione», nonché sulla valutazione «dello sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni».

4. Sulla nozione di “regola tecnica” in senso proprio o “norma tecnica pubblica” come «atto normativo cogente, perché assunto nella forma dell'atto-fonte dell'ordinamento giuridico, che presenta un contenuto pienamente ricavato da specifiche tecniche prodotte da organi esterni dotati di competenze specialistiche», si veda, da ultimo, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. 87 ss.

soprattutto, nei suoi contenuti più tipici e qualificanti – in un'attività di “normazione tecnica”, ossia nella produzione di “regole tecniche” in senso stretto, ovvero di regole giuridiche elaborate sulla base o in funzione di presupposti e di dati conoscitivi di natura “tecnico-scientifica”. Detto in altri termini – e in estrema sintesi – non ci si può occupare del diritto ambientale se non facendo i conti con le elaborazioni delle c.d. “scienze dure”; il diritto dell'ambiente di produzione pubblica non è un diritto che possa considerarsi frutto esclusivo del “dominio” della volontà politica, ma è un diritto che ha sempre bisogno di fondarsi sui saperi “tecnico-scientifici”, ossia sul “dominio” della conoscenza (certa o incerta che sia) che è prerogativa di tali saperi e che da questi il decisore pubblico è chiamato costantemente ad attingere.

2. *La sostanziale estraneità delle “questioni tecniche” ambientali nelle decisioni della Corte costituzionale e il problema delle ragioni in grado di spiegare tale fenomeno*

In un contesto quale quello che si è appena descritto, si potrebbe facilmente essere indotti a ritenere che la necessità di affrontare e risolvere le “questioni tecniche” in materia di tutela dell'ambiente costituisca uno dei compiti principali del nostro Giudice costituzionale, soprattutto nell'ambito delle sue funzioni di sindacato sugli atti legislativi che intervengono nella materia in questione, anche in considerazione del dato squisitamente quantitativo – ma di estremo rilievo – che proprio in questa materia consente di annoverare non meno di 500/600 pronunce complessivamente rese negli ultimi quattro decenni.

La realtà, tuttavia, è ben diversa. L'analisi di questa assai cospicua mole giurisprudenziale rivela, senza ombra di possibile dubbio, come la Corte costituzionale non entri mai nel merito delle “questioni tecniche” sottese alle normative di volta in volta sottoposte al suo scrutinio.

La riflessione che ci si propone in questa sede, però, non può certo arrestarsi qui, limitandosi alla presa d'atto che le decisioni del nostro Giudice costituzionale non affrontano mai le “questioni tecniche” in materia di tutela dell'ambiente. Occorre, evidentemente, provare a individuare le ragioni che possano spiegare un simile fenomeno e, soprattutto, verificare se tali ragioni consentano di ritenere che si tratti di un fenomeno del tutto “fisiologico” – non potendosi ascrivere ai compiti propri della giurisdizione costituzionale l'estensione del sindacato che le è proprio alle questioni tecniche sottese alla legislazione ambientale

(o all'amministrazione degli interessi rivolti alla tutela dell'ambiente, nel caso dei conflitti) – ovvero, al contrario, se il fenomeno costituisca un segnale rivelatore di alcune criticità da addebitare peculiarmente al nostro sistema di giustizia costituzionale o, più in generale, ai nostri modelli di produzione pubblica del diritto dell'ambiente.

Se, dunque, ci si pone nell'ottica di identificare le possibili cause della sostanziale assenza di qualunque sindacato, da parte della Corte costituzionale, sulle "questioni tecniche" nell'ambito dei giudizi di costituzionalità degli atti legislativi (o dei giudizi sui conflitti di attribuzione) in materia ambientale, mi pare che l'esame della giurisprudenza consenta di individuare – tra le decisioni rilevanti (ossia tra quelle in cui le questioni di legittimità costituzionale o di delimitazione delle sfere di potere sottoposte allo scrutinio della Corte coinvolgevano, almeno potenzialmente, contenuti normativi o atti amministrativi direttamente connessi a dati "tecnico-scientifici") – almeno quattro distinte tipologie di pronunce, alle quali riferire altrettante possibili cause giustificative del fenomeno che qui ci si propone di indagare.

2.1 *L'assoluta prevalenza nei giudizi costituzionali in materia ambientale di questioni incentrate sulla distribuzione dei poteri, anziché sul contenuto dei poteri*

In primo luogo e in un'ottica più generale, si può partire da un dato empirico (ancorché, di per sé solo, piuttosto approssimativo), osservando che il tipo di giudizi costituzionali di cui la Corte italiana viene investita nella materia della tutela dell'ambiente sono, in larghissima prevalenza, i giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale e i conflitti intersoggettivi; nel complesso, infatti, in questa materia, i giudizi di legittimità costituzionale promossi in via incidentale dai giudici comuni, a prescindere dal merito e dalla tipologia delle questioni sollevate, rappresentano una percentuale assai ridotta (circa 1 giudizio su 5).

Da ciò discende una conseguenza di non scarso rilievo per il tema che si affronta, ossia che le questioni ambientali vengono portate all'attenzione del Giudice costituzionale quasi sempre in giudizi in cui si controverte del riparto di competenze tra gli enti territoriali della Repubblica, ovvero della distribuzione sul territorio dei poteri per come stabilita dalle norme costituzionali, anziché del contenuto dei poteri in concreto esercitati. In altri termini, le controversie che la Corte costituzionale è chiamata a risolvere in materia ambientale non richie-

dono quasi mai – almeno nella stragrande maggioranza dei casi – un sindacato di merito sulla normativa tecnica o sul presupposto tecnico-scientifico dell'esercizio di un potere normativo (o amministrativo); le questioni tecniche ambientali, dunque, non sono quasi mai il cuore del *thema decidendum* dei giudizi costituzionali.

In questo senso, mi pare che possano risultare estremamente significativi – e, addirittura, emblematici di quanto appena osservato – i casi decisi con le sentenze nn. 307/2003, 62/2005 e 116/2006, tutti concernenti interventi legislativi aventi ad oggetto questioni tecnico-scientifiche ambientali di notoria complessità, i quali, però, venivano sottoposti al sindacato di costituzionalità nell'ambito di giudizi promossi in via principale, dallo Stato o dalle Regioni, per la corretta delimitazione delle rispettive sfere di competenza legislativa e che, proprio per tale ragione, hanno consentito al Giudice delle leggi di limitare il proprio giudizio a tali profili, senza necessità di addentrarsi nel merito “tecnico” delle scelte operate dal legislatore (statale o regionale) di volta in volta censurato.

La sentenza n. 307/2003, com'è noto, costituisce ancora oggi una sorta di decisione-quadro sul tema dell'elettromagnetismo e aveva ad oggetto le impugnative di alcune leggi regionali che avevano preteso di stabilire standard di tutela più rigorosi e maggiormente cautelativi per la salute e per l'ambiente di quelli già fissati dal legislatore statale con la legge-quadro n. 36 del 2001, all'esito di una complessa istruttoria parlamentare specificamente (e anche “insolitamente”) dedicata alla ponderata valutazione dei molteplici aspetti di natura tecnico-scientifica che caratterizzano la materia. La Corte costituzionale, investita delle questioni di costituzionalità delle normative regionali, si è correttamente limitata a stabilire solo cosa possono fare le Regioni e cosa può fare lo Stato nella materia in questione, ripartendo una volta per tutte le rispettive potestà normative, senza alcun bisogno di verificare in concreto se le norme – statali o regionali – contenenti gli standard di tutela dall'elettromagnetismo risultassero o meno corrette e adeguate (o anche solo proporzionate) dal punto di vista dello stato di elaborazione delle conoscenze tecnico-scientifiche nel settore considerato.

In termini del tutto analoghi, la sentenza n. 62/2005 definisce i giudizi attivati con le impugnative “incrociate”, rispettivamente promosse dallo Stato – nei confronti delle leggi di alcune Regioni (Sardegna, Basilicata e Calabria) – e dalla Regione Basilicata – nei confronti del decreto legge n. 314 del 2003 (come convertito in legge) – in materia di stoccaggio in sicurezza dei rifiuti radioattivi e, in particolare, di individuazione/localizzazione di siti idonei alla realizzazione di un deposito nazionale

per tale tipologia di rifiuti. Anche in questo caso, del tutto correttamente (considerate le questioni controverse), la Corte non ha avuto alcuna esigenza di entrare nella complessità delle questioni tecniche sottese alle scelte dei legislatori censurati, potendo agevolmente limitare la propria decisione alla definizione dei criteri di riparto delle competenze costituzionali dei soggetti in gioco e, su tali basi, dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali che pretendevano di "denuclearizzare" i rispettivi territori, ma anche la parziale illegittimità costituzionale del decreto legge statale, nelle parti in cui non aveva previsto una forma di partecipazione della Regione territorialmente interessata al procedimento di validazione del sito e al procedimento di approvazione dei progetti finalizzati alla realizzazione del deposito nazionale dei rifiuti radioattivi.

Infine, la sentenza n. 116/2006, che definisce il giudizio promosso dalla Regione Marche avverso il decreto legge n. 279 del 2004 (come convertito in legge), in materia di organismi geneticamente modificati e, in particolare, di coesistenza tra le forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica; materia, questa, particolarmente significativa dell'interazione necessaria tra scienza e politica in campo ambientale, soprattutto per i paradigmatici profili di incertezza scientifica in presenza dei quali dovrebbe assumere piena operatività quel principio di precauzione, con i suoi corollari⁵, non a caso espressamente evocato dalla Regione ricorrente tra i parametri della denunciata illegittimità costituzionale dell'intervento legislativo statale. Ciò nondimeno, anche in questo giudizio l'oggetto del contendere si risolveva nella rivendicazione di una potestà legislativa asseritamente violata; e la Corte, con una decisione sostanzialmente "salomonica", si è limitata a individuare la corretta linea di confine tra ciò che spetta al legislatore statale in forza del titolo di competenza esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e del titolo di competenza concorrente in materia di tutela della salute (ossia l'affermazione del principio di coesistenza tra le colture transgeniche e le forme di agricoltura convenzionale e biologica) e ciò che, al contrario, spetta al legislatore regionale in forza della competenza residuale in materia di agricoltura (ossia la disciplina della coltivazione a fini produttivi), ancorché nel rispetto del menzionato principio fissato a livello statale.

5. Cfr., *supra*, nt. 2.

2.2 *La “dottrina” dei limiti del sindacato del Giudice costituzionale sulle questioni tecniche sottese alla normativa ambientale*

La spiegazione più evidente e addirittura esplicita delle ragioni che spingerebbero – in tesi, addirittura “doverosamente” – il Giudice costituzionale a non entrare nel merito delle questioni tecniche sottese alle scelte del legislatore in materia ambientale è rinvenibile nelle sentenze n. 85/2013 e 58/2018 sul c.d. “caso ILVA”. Si tratta, non a caso, di pronunce con le quali sono stati definiti giudizi promossi in via incidentale da giudici comuni ma che, come è stato perspicuamente osservato fin da subito, avevano la sostanza di conflitti tra poteri dello Stato e imponevano alla Corte, in definitiva, di tracciare la corretta linea di confine tra il potere politico-amministrativo e il potere giudiziario⁶. I casi, poi, si rivelavano estremamente significativi per il tema che qui si affronta, giacché i giudici rimettenti contestavano la violazione da parte del legislatore nazionale dei diritti fondamentali alla salute e all’ambiente salubre, nonché dei connessi limiti costituzionali alla libertà di iniziativa economica privata, finendo con ciò, in buona sostanza, per chiedere al Giudice delle leggi di sindacare il “merito tecnico” delle scelte legislative asseritamente ritenute non efficaci a garantire in modo adeguato la tutela dei diritti fondamentali evocati.

Di fronte a simili prospettazioni, la Corte ha esplicitato in termini estremamente puntuali e argomentati la propria “dottrina” riguardo alla posizione che deve assumere il Giudice costituzionale nell’affrontare le questioni ambientali che gli siano sottoposte, con l’effetto di rigettare le censure sollevate, nel primo caso, e di accoglierle, nel secondo.

Questi i passaggi logici di tale “dottrina”, come analiticamente ricostruita nella sentenza n. 85/2013:

- posto che le Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee richiedono «un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi

6. Così V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *RivistaAIC*, n. 3/2013, il quale, richiamando i casi delle sentenze n. 150/1981, n. 70/1985 e n. 121/1999, fa giustamente notare come i precedenti più specifici di questa decisione «si trovano nelle pronunce, rese in giudizi per conflitto, in cui la Corte ha censurato, su iniziativa del Governo o della Regione, atti giudiziari che presentavano la caratteristica di sostituire o sovrapporre le proprie valutazioni a quelle dell’autorità amministrativa competente a provvedere su temi che coinvolgevano la tutela dell’ambiente o della salute» (cfr. pp. 3-4).

(...) il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»⁷;

- nel caso di specie, «l'autorizzazione al proseguimento dell'attività produttiva [dello stabilimento ILVA] è subordinata (...) all'osservanza delle prescrizioni dell'AIA riesaminata» e tale richiamo operato dalla norma censurata «ha il valore di costante condizionamento della prosecuzione dell'attività produttiva alla puntuale osservanza delle prescrizioni contenute nel provvedimento autorizzatorio, che costituisce l'esito della confluenza di plurimi contributi tecnici ed amministrativi in un unico procedimento, nel quale, in conformità alla direttiva n. 2008/1/CE, devono trovare simultanea applicazione i principi di prevenzione, precauzione, correzione alla fonte, informazione e partecipazione, che caratterizzano l'intero sistema normativo ambientale». Dunque «il procedimento che culmina nel rilascio dell'AIA, con le sue caratteristiche di partecipazione e di pubblicità, rappresenta 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»⁸;
- l'atto autorizzatorio adottato a conclusione del predetto procedimento «non può essere contestato nel merito delle scelte compiute dalle amministrazioni competenti, che non possono essere sostituite da altre nella valutazione discrezionale delle misure idonee a tutelare l'ambiente ed a prevenire futuri inquinamenti, quando l'esercizio di tale discrezionalità non trasmodi in un vizio denunciabile nelle sedi giurisdizionali competenti. Il punto di equilibrio contenuto nell'AIA non è necessariamente il migliore in assoluto – essendo ben possibile nutrire altre opinioni sui mezzi più efficaci per conseguire i risultati voluti – ma deve presumersi ragionevole, avuto riguardo alle garanzie predisposte dall'ordinamento quanto all'intervento di organi tecnici e del personale competente; all'individuazione delle migliori tecnologie disponibili; alla partecipazione di enti e soggetti diversi nel procedimento preparatorio e alla pubblicità dell'iter formativo»⁹;

7. Così il par. 9 del *Cons. in dir.*

8. Così il par. 10.1 del *Cons. in dir.*

9. Così il par. 10.3 del *Cons. in dir.*

- pertanto, «non rientra nelle attribuzioni del giudice una sorta di “riesame del riesame” circa il merito dell’AIA, sul presupposto (...) che le prescrizioni dettate dall’autorità competente siano insufficienti e sicuramente inefficaci nel futuro. In altre parole, le opinioni del giudice, anche se fondate su particolari interpretazioni dei dati tecnici a sua disposizione, non possono sostituirsi alle valutazioni dell’amministrazione sulla tutela dell’ambiente, rispetto alla futura attività di un’azienda, attribuendo in partenza una qualificazione negativa alle condizioni poste per l’esercizio dell’attività stessa, e neppure ancora verificate nella loro concreta efficacia»¹⁰;
- in definitiva – ed è qui che il Giudice delle leggi fa esplicito riferimento anche a se stesso – «non può essere ammesso che un giudice (ivi compresa questa Corte) ritenga illegittima la nuova normativa in forza di una valutazione di merito di inadeguatezza della stessa, a prescindere dalla rilevata violazione di precisi parametri normativi, costituzionali o ordinari, sovrapponendo le proprie valutazioni discrezionali a quelle del legislatore e delle amministrazioni competenti. Tale sindacato sarebbe possibile solo in presenza di una manifesta irragionevolezza della nuova disciplina dettata dal legislatore e delle nuove prescrizioni contenute nell’AIA riesaminata»¹¹.

Si spiega, così, nei termini di una vera e propria teoria generale dei limiti del sindacato giurisdizionale e, in specie, anche del sindacato di costituzionalità, il mancato ingresso della Corte nel merito delle questioni tecniche che fondano o presuppongono le scelte politico-amministrative in materia di tutela dell’ambiente, dovendosi ritenere riservati ai processi decisionali che si svolgono in quelle sedi la corretta acquisizione, l’apprrezzamento e la ponderazione degli apporti dei saperi tecnico-scientifici e configurandosi, invece, per il giudice costituzionale, esclusivamente il compito di un sindacato *ab externo* circa la non manifesta irragionevolezza di quelle scelte.

Alla luce della “dottrina” illustrata secondo l’iter logico-argomentativo appena esposto, com’è noto, le due sentenze qui prese in esame hanno definito i rispettivi giudizi con esiti opposti: nel caso della sentenza n. 85/2013, con la declaratoria di non fondatezza delle questioni sollevate, in virtù del «ragionevole e proporzionato bilanciamento» operato dal legislatore, considerato che «la prosecuzione dell’attività d’impresa era

10. Così, ancora, il par. 10.3 del *Cons. in dir.*

11. Così il par. 12.6 del *Cons. in dir.*

condizionata all'osservanza di specifici limiti, disposti in provvedimenti amministrativi relativi all'autorizzazione integrata ambientale, e assistita dalla garanzia di una specifica disciplina di controllo e sanzionatoria»¹²; nel caso della sentenza n. 58/2018, invece, con la declaratoria di illegittimità costituzionale della disciplina legislativa scrutinata, la quale, avendo subordinato la prosecuzione dell'attività d'impresa «esclusivamente alla predisposizione unilaterale di un “piano” ad opera della stessa parte privata colpita dal sequestro dell'autorità giudiziaria, senza alcuna forma di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati», deve ritenersi che non abbia «rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita»¹³.

2.3 *Le “riserve di amministrazione” ricavabili dalla legislazione statale come limite al contenuto tecnico-scientifico della legislazione regionale*

La giurisprudenza costituzionale in materia di tutela dell'ambiente offre poi un'ampia tipologia di pronunce, concernente specificamente i rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale, in cui la Corte si colloca in linea di perfetta coerenza con la dottrina della corretta “ripartizione dei compiti” tra funzione legislativa, funzione amministrativa e funzione giurisdizionale in merito alle questioni tecniche ambientali esposta nella sentenza n. 85/2013, ma che, per quantità e varietà di decisioni, sembra andare ancora oltre, prestandosi verosimilmente a essere letta come uno strumento particolarmente adatto a consentire al Giudice costituzionale di risolvere i conflitti intersoggettivi sulla ripartizione delle potestà legislative, senza dover affrontare il merito delle questioni tecniche di volta in volta sottese alla normativa censurata. Si tratta, in particolare, di tutte quelle decisioni che, soprattutto nell'ultimo decennio, fanno leva sulle c.d. “riserve di amministrazione” che il Giudice delle leggi rinviene nella legislazione ambientale nazionale – talvolta, per la verità, anche a costo di qualche forzatura interpretativa – e che, come tali, consentono di escludere la competenza delle Regioni a operare con

12. Questa la sintesi che la stessa Corte offre delle ragioni poste a sostegno del proprio precedente nella sentenza n. 58/2018, al par. 3.1 del *Cons. in dir.*

13. Così il par. 3.2 del *Cons. in dir.*

lo strumento della legge anziché con quello dell'atto amministrativo, ritenuto più appropriato in ragione del contenuto o del fondamento tecnico-scientifico del potere da esercitare e comunque rimesso, come tale, al sindacato dei giudici comuni.

Il settore legislativo in cui questa tipologia di pronunce può ritenersi ormai consolidata è senz'altro quello della protezione della fauna selvatica e della disciplina dell'attività venatoria, laddove, ad esempio, la Corte elabora progressivamente l'orientamento secondo cui l'adozione da parte delle Regioni della regolamentazione della stagione venatoria e del relativo calendario non può avvenire nelle forme della legge, bensì solo all'esito di un procedimento amministrativo e nelle forme che "naturalmente" a quest'ultimo "conseguono".

Nella sentenza capostipite di tale orientamento, la n. 20/2012¹⁴, il Giudice costituzionale prende le mosse proprio dalla considerazione della natura sostanzialmente "amministrativa" della funzione che l'art. 18 della legge-quadro nazionale n. 157 del 1992 affida alle Regioni. Mentre non pare tecnicamente ineccepibile l'affermazione secondo la quale le leggi regionali che approvano il calendario e la regolamentazione della stagione venatoria si configurerebbero come «tipiche leggi-provvedimento, in quanto le disposizioni che esse contengono sono prive di astrattezza e generalità, e sono destinate ad esaurire i propri effetti contingenti con lo spirare della stagione di caccia»¹⁵, senza dubbio condivisibile è la ricostruzione che il Giudice delle leggi fa del contesto in cui si inseriscono e delle rationes che assumono gli atti regionali contenenti la disciplina della stagione venatoria e il relativo calendario: tali atti, secondo quanto afferma la Corte, «piuttosto che a comporre interessi in conflitto secondo apprezzamenti propri della discrezionalità legislativa, tendono a tradurre in regole dell'agire concreto, e per il caso di specie, un complesso di valutazioni, basate su elementi di carattere squisitamente tecnico-scientifico: ciò, al fine di introdurre, in relazione alle situazioni

14. Per le più immediate conferme successive, si vedano almeno le sentt. nn. 105, 116 e 310/2012, 90, 189 e 193/2013; da ultimo, importanti precisazioni sull'interpretazione e sulla portata di tale orientamento in relazione alle competenze da riconoscere al legislatore regionale in tema di individuazione delle specie cacciabili/non cacciabili, sono fornite nella sentenza n. 7/2019.

15. In senso contrario, infatti, si potrebbe agevolmente osservare che il carattere della *generalità* è certamente riscontrabile in ragione della platea tendenzialmente indeterminata di destinatari, mentre l'*astrattezza* non sembrerebbe essere pregiudicata dalla limitazione temporale della disciplina alla singola stagione venatoria, risultando comunque le norme in questione pienamente suscettibili di plurime applicazioni ripetute nel tempo.

ambientali delle diverse realtà territoriali (art. 18, comma 2, della legge n. 157 del 1992), un elemento circoscritto di flessibilità all'interno dell'altrimenti rigido quadro normativo nazionale. L'intervento regionale viene infatti consentito espressamente dalla legge dello Stato proprio allo scopo di modulare l'impatto delle previsioni generali recate dalla normativa statale, in tema di calendario venatorio e specie cacciabili, sulle specifiche condizioni dell'habitat locale, alla cui verifica ben si presta un'amministrazione radicata sul territorio. In questa prospettiva, l'art. 18 della legge n. 157 del 1992, se da un lato predetermina gli esemplari abbattibili, specie per specie e nei periodi indicati, dall'altro lato permette alla Regione l'introduzione di limitate deroghe ispirate a una simile finalità, e chiaramente motivate con riguardo a profili di natura scientifica: ne è conferma la previsione del parere dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), richiesto dall'art. 18, comma 2, e dall'art. 18, comma 4, con specifico riferimento all'approvazione del calendario venatorio»¹⁶.

Poste tali premesse circa la natura "necessariamente" amministrativa della funzione così come configurata dal legislatore statale, la Corte non ha alcuna difficoltà a richiamare il proprio indirizzo secondo il quale «la legge dello Stato, nell'esercizio di una competenza che le è riservata in via esclusiva, può vietare che la funzione amministrativa regionale venga esercitata in via legislativa (sentenze n. 44 del 2010, n. 271 e n. 250 del 2008; ordinanza n. 405 del 2008)» e a rinvenire il suddetto titolo di competenza esclusiva della legge dello Stato nella materia della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", dal momento che «è pacifico che la selezione, sia delle specie cacciabili, sia dei periodi aperti all'attività venatoria implichi l'incisione di profili propri»¹⁷ di tale materia.

La questione, a questo punto, viene a collocarsi esclusivamente sul piano dell'interpretazione del disposto dell'art. 18, comma 4, della legge n. 157, imponendo di chiarire se con la formula ivi contenuta¹⁸ il legislatore statale abbia inteso prescrivere inderogabilmente la forma dell'atto amministrativo.

Gli argomenti che il Giudice delle leggi spende a sostegno della tesi

16. Così il par. 5.1 del *Cons. in dir.*

17. Le citazioni testuali sono rinvenibili sempre nel par. 5.1 del *Cons. in dir.*

18. «Le regioni, sentito l'Istituto nazionale per la fauna selvatica [oggi ISPRA], pubblicano, entro e non oltre il 15 giugno, il calendario regionale e il regolamento relativi all'intera annata venatoria, nel rispetto di quanto stabilito ai commi 1, 2 e 3, e con l'indicazione del numero massimo di capi da abbattere in ciascuna giornata di attività venatoria».

affermativa sono sostanzialmente quattro e tutti dotati di quella intrinseca solidità che fa leva sulle peculiarità del necessario fondamento e/o contenuto tecnico-scientifico delle scelte affidate al potere pubblico in *subiecta materia*¹⁹:

- l'esigenza insopprimibile che l'attività amministrativa in questione si “conformi”, per l'appunto, all'osservanza di criteri tecnico-scientifici, esigenza di cui costituisce conferma esplicita il carattere obbligatorio – ancorché non vincolante – del parere dell'ISPRA contemplato sia nel comma 2 che nel comma 4 dell'art. 18;
- la maggiore idoneità dell'atto amministrativo a soddisfare le esigenze di flessibilità e di pronto adeguamento della disciplina al repentino e imprevedibile mutamento delle circostanze di fatto, considerato che, allorquando vi sia «ragionevole motivo di supporre che l'attività amministrativa non si esaurisca in un unico atto, ma possa e debba tornare a svilupparsi con necessaria celerità per esigenze sopravvenute, le forme e i tempi del procedimento legislativo possono costituire un aggravio, persino tale in casi estremi da vanificare gli obiettivi di pronta regolazione dei casi di urgenza»;
- la considerazione degli specifici obblighi imposti dalla direttiva europea concernente la conservazione degli uccelli selvatici n. 2009/147/CE, non soltanto per la parte relativa all'introduzione delle “deroghe” ivi consentite o addirittura imposte²⁰, ma anche per «l'intero corpo provvedimentale su cui esso opera, quanto al calendario venatorio, che non tollera di venire irrigidito nella forma della legge, tenuto anche conto che tra regole ordinarie e deroghe eccezionali deve in linea di massima sussistere un'identità formale, che permetta alle seconde di agire sulle prime, fermo il potere di annullamento preservato in capo allo Stato»²¹; con particolare riferimento alle “deroghe imposte” «allo scopo di preservare significativi interessi ambientali di segno

19. Il ragionamento è sviluppato nel par. 5.2 del *Cons. in dir.*

20. Cfr., in particolare, l'art. 9 della Direttiva e la relativa disciplina attuativa contenuta nell'art. 19-*bis* della legge n. 157, non a caso oggi interamente sostituito ad opera dell'art. 26, comma 2, della legge n. 97 del 2013 (significativamente, infatti, l'attuale comma 2 stabilisce in modo espresso che «le deroghe possono essere disposte dalle regioni e province autonome con atto amministrativo, solo in assenza di altre soluzioni soddisfacenti, in via eccezionale e per periodi limitati»).

21. Sulla incompatibilità della introduzione delle deroghe mediante atto legislativo con l'esigenza di non vanificare la previsione del potere di annullamento assegnato dall'art. 19-*bis* al Presidente del Consiglio dei ministri, la Corte si era già pronunciata con la sent. n. 250/2008.

contrario, ovvero di altra natura, come, tra quelli selezionati dalla direttiva, la salute, la sicurezza pubblica, la sicurezza aerea», la Corte ha cura di sottolineare – ribadendo l'esigenza di prontezza dell'intervento – che «in tali casi, la deroga necessita di venire introdotta con efficacia immediata, sicché angusto, e potenzialmente insufficiente, è lo spazio temporale aperto al legislatore regionale per rimuovere eventuali ostacoli in tal senso provenienti dalla legge-provvedimento»;

- infine, la maggiore idoneità dei rimedi giurisdizionali comuni (attivi nei confronti degli atti amministrativi) rispetto alla giustizia costituzionale (riservata agli atti legislativi) ad assicurare non soltanto la più pronta giustiziabilità degli atti illegittimi²², ma anche l'immediatezza delle prescrizioni direttamente impartibili dal Giudice all'Amministrazione²³.

L'orientamento appena esposto trova poi esplicita conferma nell'ambito dello stesso settore della protezione della fauna selvatica, ad esempio, nelle pronunce adottate a proposito dei molteplici contenuti della pianificazione faunistico-venatoria affidata alle Regioni e disciplinata dall'art. 10 e dall'art. 14 della legge-quadro nazionale n. 157 del 1992²⁴. Come si è anticipato, però, il dato più significativo è costituito dalla tendenza sempre più accentuata della giurisprudenza costituzionale più recente a espandere “a tutto campo” l'applicazione nella materia ambientale di questa linea interpretativa che conduce la Corte a individuare – nelle

22. Ciò mediante la «disponibilità del ricorso in capo alle parti private legittimate», i «tempi con cui il giudice può assicurare una pronta risposta di giustizia», la «latitudine dei poteri cautelari di cui esso dispone», l'«ampiezza del contraddittorio che si può realizzare con i soggetti aventi titolo per intervenire, estranei invece, in linea di principio, al giudizio costituzionale sul riparto delle competenze legislative».

23. Al riguardo, in termini del tutto condivisibili, la Corte si preoccupa di far osservare che «ove parte del giudizio sia l'amministrazione, il giudice comune ben può inserire le proprie misure cautelari nel flusso dell'attività di quest'ultima, prescrivendo che essa sia prontamente riesercitata secondo i criteri che di volta in volta vengono somministrati, affinché, in luogo del vuoto di normazione, che conseguirebbe alla mera sospensione della legge-provvedimento, si realizzi celermente una determinazione del calendario della caccia, compatibile con i tempi imposti dall'incalzare delle stagioni, e avente natura definitiva».

24. Si vedano, in proposito, con particolare riferimento alla regolamentazione delle attività di allenamento e addestramento dei cani da caccia, le sentenze nn. 193 e 303/2013, 139 e 174/2017, nonché 10/2019, nelle quali la Corte richiama espressamente quelle «garanzie procedurali», finalizzate ad assicurare «un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco, da soddisfare anche attraverso l'acquisizione di pareri tecnici», che risultano imposte dall'art. 18 della medesima legge-quadro.

discipline con cui lo Stato (titolare della potestà legislativa esclusiva in materia) riconosce e regola poteri regionali che implicano acquisizione ed elaborazione di dati tecnico-scientifici – altrettante “riserve di amministrazione”, con conseguente esclusione della competenza delle Regioni a intervenire nelle forme della legge, anziché del procedimento amministrativo. Seguendo un ordine cronologico, è il caso, ad esempio, della sentenza n. 173/2017, che ha affrontato la questione del potere regionale di determinare le dimensioni degli ambiti territoriali ottimali dei servizi idrici conformemente a quanto stabilito dall’art. 147, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 152 del 2006 e dall’art. 3-*bis*, comma 1, del d.l. n. 138 del 2011, come convertito in legge, in particolare sulla base di parametri di natura “tecnico-scientifica” quali l’unità del bacino idrografico e del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui, l’unicità della gestione integrata del servizio, nonché l’adeguatezza delle dimensioni gestionali, definita sulla base di parametri fisici, demografici e tecnici²⁵; oppure della sentenza n. 66/2018, che ha affrontato la questione del potere regionale di regolare l’attività di cava, mediante l’imposizione di divieti all’apertura di nuove cave o la disciplina delle possibilità di ampliamento delle cave esistenti, in conformità alle esigenze imposte dagli standard di tutela paesaggistica e ambientale²⁶; oppure, ancora, della sentenza n. 69/2018, nella quale il Giudice costituzionale si è nuovamente trovato investito della questione concernente il potere regionale di individuare le “aree non idonee” alla localizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, da esercitare sulla base di un’apposita e approfondita istruttoria che consenta l’emersione, l’adeguata ponderazione e la valutazione trasparente delle esigenze di tutela della salute, paesaggistico-ambientale e dell’assetto urbanistico del territorio²⁷; oppure, da ultimo, della sentenza

25. Così testualmente il comma 2 dell’art. 147 del d.lgs. n. 152 del 2006. In questa sentenza la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di norme legislative della legge reg. Liguria n. 17 del 2015, con le quali la Regione aveva istituito un ulteriore ATO di dimensione sub-provinciale, in violazione «del modulo procedimentale e dei criteri fissati dalla legislazione» dello Stato e venendo meno all’onere di motivare «la scelta compiuta in modo da garantire la controllabilità della discrezionalità esercitata nelle competenti sedi giurisdizionali».

26. In questa sentenza la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di norme legislative della legge reg. Veneto n. 30 del 2016, con le quali la Regione aveva inteso “surrogare” la mancata adozione dello specifico strumento di pianificazione (il «Piano regionale dell’attività di cava») appositamente previsto dallo stesso legislatore regionale e «preordinato alla valutazione e alla sintesi delle plurime istanze coinvolte (statali, locali, private)».

27. In questa sentenza la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di una norma della legge reg. Veneto n. 30 del 2016, con la quale il legislatore regionale – «senza istruttoria

n. 28/2019, che ha affrontato la questione del potere regionale di adottare i piani di gestione dei rifiuti, secondo quanto espressamente stabilito dall'art. 199 del d.lgs. n. 152 del 2006, il quale – come non manca di fare osservare il Giudice delle leggi – «prevede che il piano sia approvato previa acquisizione ed elaborazione di dati tecnici concernenti tipo, quantità e fonte dei rifiuti, con l'espressa indicazione dei criteri per l'individuazione dei siti di smaltimento o di recupero, e che si applichi la procedura in materia di VAS, con il rilascio dei pareri di Province, Comuni ed Autorità d'ambito, la partecipazione del pubblico e degli interessati, l'indicazione delle motivazioni sulle quali si è fondata la decisione»²⁸. Proprio in quest'ultima pronuncia, nell'ultimo capoverso del *Cons. in dir.*, emerge *expressis verbis* un dato nient'affatto secondario, che rivela la particolare idoneità di queste riserve di amministrazione a porsi come strumento in grado di affrancare – con una certa qual “comodità” – il Giudice costituzionale dall'onere di addentrarsi nelle questioni tecniche ambientali: considerato, infatti, che il ricorrente prospettava, oltre che la questione costruita sul vizio formale della legge impugnata, anche due ulteriori e distinti profili di censura tecnicamente assai complessi e riferiti al contenuto del nuovo Piano regionale dei rifiuti, è evidente che l'accoglimento della prima questione, all'esito del sindacato *ab externo* sulla violazione della riserva di amministrazione, ha consentito alla Corte di dichiarare correttamente assorbite le restanti censure e di evitare, così, che il sindacato di costituzionalità dovesse spingersi all'interno del merito tecnico delle scelte pianificatorie.

2.4 La “fuga” del Giudice costituzionale dalle questioni tecniche ambientali rilevanti per il sindacato di costituzionalità

Non manca, infine, qualche esempio – ancorché assai raro, per la verità – di decisioni in cui il mancato “ingresso” del Giudice costituzionale all'interno delle questioni tecniche ambientali può essere spiegato, forse, solo con le particolari complessità istruttorie che tali questioni avreb-

e valutazione in concreto dei luoghi in sede procedimentale» – aveva stabilito distanze minime per la collocazione di alcune tipologie di impianti di produzione di energia da fonte rinnovabile rispetto alle residenze civili sparse e concentrate.

28. In questa sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme della legge reg. Abruzzo n. 5 del 2018, con le quali la Regione aveva provveduto all'adeguamento del vigente Piano Regionale di Gestione Integrata dei Rifiuti (PRGR), nonché l'illegittimità costituzionale in via consequenziale della norma legislativa regionale che stabiliva la riserva di legge per l'adeguamento del predetto strumento di pianificazione.

bero imposto allo svolgimento del giudizio e, dunque, con una sorta di “naturale ritrosia” della Corte a spingersi sul terreno di saperi assai poco congeniali per un Giudice delle leggi.

Il caso più emblematico, a mio parere, è quello del giudizio definito con la sentenza n. 198/2018, pronuncia davvero “eccezionale” per mole e complessità di questioni decise: dieci ricorsi presentati da cinque Regioni ordinarie, tre Regioni speciali e le due Province autonome di Trento e di Bolzano avverso il d.lgs. n. 104 del 2017, che aveva riformato integralmente la disciplina nazionale in materia di procedimenti di valutazione d’impatto ambientale (VIA) e di verifica di assoggettabilità a VIA, in attuazione di una delega legislativa per l’adeguamento dell’ordinamento interno alla direttiva europea 2014/52/UE; oltre un centinaio di questioni di legittimità (calcolate al netto delle similitudini e/o analogie tra le singole censure prospettate in ciascun ricorso); una sentenza definitiva di 82 pagine di *Gazzetta Ufficiale*, con 31 capi formali di dispositivo, due giudici relatori-redattori, depositata a quasi cinque mesi dalla trattazione delle cause in udienza pubblica.

Ebbene, tra le innumerevoli questioni sottoposte al giudizio di costituzionalità, ve ne erano alcune che toccavano quello che la stessa Corte ha definito come il «“cuore” della disciplina» statale oggetto di censura, lamentandosi nei ricorsi che «l’allocazione in capo allo Stato di una non trascurabile quantità di tipologie progettuali per le quali la VIA e la verifica di relativa assoggettabilità passano dalla competenza normativa e amministrativa delle Regioni a quella dello Stato», avrebbe determinato la violazione delle competenze normative e amministrative costituzionalmente riconosciute alle Regioni ordinarie e alle Autonomie speciali ricorrenti.

Fin qui, apparentemente, nulla di “tecnico-scientifico”.

Il Governo, però, tanto in sede di approvazione della riforma, quanto in sede di difesa in giudizio, aveva esplicitato a chiare lettere il criterio che aveva seguito al fine di conformare l’esercizio della delega legislativa ai principi e criteri direttivi che gli imponevano il compito di “armonizzare” e “razionalizzare” le procedure di valutazione di impatto ambientale, nonché di “rafforzarne” la qualità: lo stesso legislatore delegato, in buona sostanza, aveva dichiarato di aver provveduto a una sistematica quanto analitica e puntuale modifica degli Allegati II, III e IV della parte II del d.lgs. n. 152 del 2006, (ai quali era stato aggiunto anche il nuovo Allegato II-*bis*, contenente l’innovativo elenco dei progetti da sottoporre a procedura di verifica di assoggettabilità in sede statale), con «l’obiettivo strategico di conseguire un profondo riassetto del riparto delle compe-

tenze amministrative tra Stato e Regioni, con attrazione al livello statale delle procedure di VIA e di verifica di assoggettabilità a VIA per i progetti relativi alle infrastrutture e agli impianti energetici, tenendo conto delle esigenze di uniformità ed efficienza delle procedure e sulla base del criterio della dimensione “sovra-regionale” degli impatti da valutare (che renderebbe, in questi casi, ontologicamente inadeguato alla valutazione il livello regionale), fatte salve – in base al medesimo criterio – limitate e puntuali eccezioni concernenti i progetti dai quali potessero scaturire impatti di portata esclusivamente endo-regionale», aggiungendo significativamente la precisazione secondo la quale «tale criterio trova (...) esplicito fondamento nell’art. 118, primo comma, Cost. per la corretta allocazione delle funzioni amministrative ai diversi livelli territoriali di governo»²⁹.

Dunque, il criterio che aveva guidato, nell’esercizio della delega legislativa, la nuova allocazione delle funzioni amministrative in materia di valutazione d’impatto ambientale e la loro redistribuzione tra lo Stato e le Regioni risultava evidentemente, per stessa esplicita ammissione del legislatore delegato, fondato su un parametro squisitamente “tecnico-scientifico” e particolarmente complesso, da valutare nella specifica ottica dei principi dell’art. 118, primo comma, Cost.: l’asserita dimensione sovra-regionale degli impatti ambientali potenziali ritenuti ascrivibili alle tipologie progettuali affidate ai procedimenti di competenza statale e, corrispondentemente, l’asserita dimensione esclusivamente endo-regionale degli impatti ambientali potenziali ritenuti ascrivibili alle tipologie progettuali affidate ai procedimenti di competenza regionale.

Di qui l’assoluta peculiarità del caso in esame, ai fini dell’odierna riflessione: era più che lecito attendersi, infatti, che una valutazione giuridica piena e approfondita circa la conformità o meno all’art. 118, primo comma, Cost. dell’operato del legislatore statale non avrebbe potuto fare a meno di spingersi nel merito di una verifica tecnica, quanto più attenta e analitica possibile, dell’effettiva portata “sovra-regionale” o esclusivamente “endo-regionale” degli impatti ambientali potenziali di ciascuna delle categorie progettuali interessate dalla novella legislativa e oggetto delle contestazioni da parte delle Regioni ricorrenti.

A sostegno della declaratoria di infondatezza delle questioni sollevate, invece, il Giudice delle leggi si è limitato ad affermare che «la unita-

29. Così si leggeva nella *Relazione illustrativa* di accompagnamento allo schema di decreto legislativo (p. 43), a sostegno del mancato accoglimento della “Condizione n. 2” contenuta nel parere espresso dalla Conferenza Stato-Regioni nella seduta del 4 maggio 2017.

rietà e allocazione presso lo Stato delle procedure coinvolgenti progetti a maggior impatto ha (...) risposto ad una esigenza di razionalizzazione e standardizzazione funzionale all'incremento della qualità della risposta ai diversi interessi coinvolti, con il correlato obiettivo di realizzare un elevato livello di protezione del bene ambientale»³⁰, aggiungendo, con specifico riferimento alle analoghe censure degli enti ad autonomia speciale, la precisazione secondo la quale «il legislatore statale, nel rivisitare le competenze in materia di VIA e di assoggettabilità a VIA, non doveva prendere in considerazione criteri meramente territoriali, in quanto gli obiettivi di salvaguardia ambientale, che ha ritenuto di perseguire attraverso una migliore qualità ed efficienza dei procedimenti, ben giustificavano l'adozione di un criterio orientato alla valutazione dell'intensità di impatto ambientale che i singoli progetti, di là dall'allocazione geografica, possono presentare»³¹.

Si tratta, a ben vedere, di una motivazione eccessivamente benevola nei confronti del Governo, laddove la Corte è parsa accontentarsi soltanto di una sorta di "ragionevolezza intrinseca", quasi "ontologica", del criterio tecnico della dimensione sovra-regionale o endo-regionale degli impatti ambientali potenziali da valutare, che il legislatore delegato aveva sostenuto di aver seguito nell'operazione di riscrittura degli allegati alla parte II del d.lgs. n. 152/2006 e che aveva condotto alla significativa riduzione delle categorie e tipologie di progetti assoggettati ai procedimenti di competenza regionale. In realtà, come si è accennato, un rigoroso scrutinio di conformità delle norme impugnate all'art. 118 Cost. avrebbe richiesto al Giudice costituzionale – e forse, prima ancora, agli stessi enti ricorrenti, come aveva sostenuto l'Avvocatura dello Stato eccependo addirittura l'inammissibilità delle censure – di spingersi in un campo estremamente impervio dal punto di vista tecnico, ma che, nel caso di specie, avrebbe dovuto verosimilmente considerarsi imposto proprio dalla norma costituzionale invocata a parametro: quello di una valutazione di effettiva adeguatezza/inadeguatezza del livello territoriale regionale all'esercizio delle funzioni amministrative concernenti la VIA con riferimento a ciascuna delle categorie/tipologie di progetti attratti alla competenza del livello statale e, dunque, di un'analitica verifica tecnica circa la corretta applicazione in concreto, da parte del Governo, dell'affermato

30. Così il par. 12.3. del *Cons. in dir.*, a proposito delle censure prospettate dalle Regioni di diritto comune.

31. Così il par. 17.2.2. del *Cons. in dir.*, a proposito delle censure prospettate dalle Autonomie speciali.

criterio della dimensione territoriale degli impatti ambientali potenziali collegabili a ciascuna categoria progettuale.

3. *Considerazioni conclusive*

A questo punto, alla luce delle quattro tipologie di pronunce che sembrano poter compiutamente rappresentare le ragioni che, nella prassi giurisprudenziale, inducono il nostro Giudice costituzionale a non affrontare le questioni tecniche ambientali, è possibile prospettare qualche valutazione di chiusura in ordine alla natura “fisiologica” ovvero “patologica” di tale fenomeno.

Fatta eccezione per i rarissimi casi di vera e propria “fuga” della Corte dalle questioni tecniche implicate nel giudizio, tutte le decisioni esaminate nelle pagine che precedono sembrano condurre a una comune conclusione: che i giudizi costituzionali non sono la sede in cui l’organo giudicante possa e/o debba ritenersi investito del compito di sindacare il merito delle questioni tecniche ambientali sottese alle scelte operate dagli organi politico-amministrativi, spettando ad esso, al più, un mero sindacato *ab externo* sulla non manifesta irragionevolezza di tali scelte. *Rebus sic stantibus*, pertanto, si può ritenere del tutto fisiologico che il Giudice costituzionale non si addentri nelle questioni tecniche implicate dagli atti sottoposti ai suoi giudizi e che, dunque, tale fenomeno finisca per corrispondere, in termini di perfetta coerenza, all’attuale assetto del nostro sistema di giustizia costituzionale.

Tuttavia, se solo si considera quanto si è provato ad anticipare in premessa, ossia che la produzione pubblica del diritto dell’ambiente – quale strumento insostituibile delle politiche ambientali – consiste pressoché sempre (e, soprattutto, nei suoi contenuti più necessari e qualificanti) in un’attività di “normazione tecnica”, cioè nella produzione di “regole tecniche” in senso stretto, ovvero di regole giuridiche elaborate sulla base o in funzione di presupposti e di dati conoscitivi ricavati dal dominio dei saperi “tecnico-scientifici”, è senz’altro possibile approfondire la valutazione appena formulata, ipotizzando che l’estraneità delle questioni tecniche ambientali rispetto al sindacato della Corte, soprattutto nei giudizi di legittimità costituzionale degli atti legislativi, costituisca, in realtà, la conseguenza patologica di una rilevante criticità da ascrivere non al nostro sistema di giustizia costituzionale, bensì al nostro sistema di produzione legislativa nella materia ambientale.

Se è vero quanto detto, infatti, nei procedimenti di produzione pubblica del diritto dell’ambiente (anche di rango legislativo) il dominio del-

la scienza e il dominio della politica sono chiamati imprescindibilmente a cooperare, ancorché secondo modalità di relazione che garantiscano a ciascuno di operare nel proprio campo e nel rispetto dei propri compiti e delle proprie funzioni. Tali relazioni richiederebbero, dunque, di essere regolate giuridicamente, secondo un ordine formale che sia tale da assicurare, al contempo: da un lato, l'attendibilità, ossia la completezza, la correttezza e l'obiettività dei dati scientifici e tecnici presi a riferimento; dall'altro, l'evidenza, ossia la c.d. "accountability" delle scelte operate dal decisore politico³².

Ebbene, il dato innegabile che da sempre caratterizza strutturalmente il nostro ordinamento è che di tale regolazione "metanormativa", volta ad assicurare la correttezza delle relazioni tra scienza e politica nella produzione normativa (e legislativa, in particolare) in materia di tutela dell'ambiente, non v'è traccia. In altri termini, con specifico riferimento al campo qui considerato, manca nell'ordinamento italiano una qualunque regolazione circa le forme e le modalità di acquisizione (e valutazione) degli *expertise* tecnico-scientifici nell'ambito dei processi decisionali finalizzati alla formazione degli atti legislativi. È, pertanto, perfettamente "naturale" – *de iure condito* – che il nostro Giudice costituzionale, laddove possibile, rimetta tali "questioni tecniche" alle istruttorie tipiche dei procedimenti amministrativi mediante l'interpretazione estensiva delle "riserve di amministrazione"; ma sarebbe conseguenza altrettanto "naturale" – *de iure condendo* – che, a seguito dell'opportuna disciplina dei procedimenti di normazione tecnica ambientale (anche di rango legislativo), il sindacato di costituzionalità del nostro Giudice delle leggi si potesse estendere anche alla verifica formale del corretto espletamento – e, dunque, della corretta acquisizione/valutazione – delle istruttorie tecnico-scientifiche chiamate a fondare la legislazione ambientale e le relative opzioni del decisore politico.

32. Ciò al fine ultimo di scongiurare, parimenti, il rischio di "politicizzazione" dell'*expertise* tecnico-scientifico, da una parte, ovvero il rischio di "obiettivizzazione/neutralizzazione pseudoscientifica" delle scelte politiche, dall'altra. Al riguardo, nella vastissima letteratura anche internazionale, si veda, almeno, M. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. GRASSI - M. CECCHETTI - A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, I, Olschki, Firenze, 1999, spec. 91-93.

Le questioni tecniche nel diritto dell'ambiente secondo la Corte costituzionale. Profili problematici

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Le norme tecniche nel confronto tra competenze legislative statali e regionali. – 3. Evoluzione della tecnica e provvedimenti amministrativi. – 4. La tutela dell'ambiente tra tecnica e politica. – 5. Il procedimento amministrativo costituisce davvero la sede ottimale per perseguire un'efficace tutela dell'ambiente?

1. *Considerazioni preliminari*

Quello delle intersezioni tra diritto e tecnica è un tema classico del diritto amministrativo che da tempo se ne occupa, in particolare, sotto il profilo della cd. discrezionalità tecnica e dei suoi confini rispetto alla discrezionalità amministrativa cd. pura, da una parte, e degli accertamenti tecnici, dall'altra.

Non è certo questa la sede per riprendere i termini di un dibattito ormai più che secolare, ben noto allo studioso di diritto amministrativo. Nei limiti di questo intervento, e pur nella consapevolezza di una inevitabile approssimazione, dunque, per “normativa tecnica” si intenderà una regola o un insieme di regole di comportamento che si caratterizzano per il fatto che il contenuto è frutto dell'elaborazione delle scienze cd. esatte. È, naturalmente, il caso della fissazione di *standards*, di soglie, di valori, ma anche di norme che impongono all'amministrazione valutazioni di tipo tecnico-opinabile.

Invero, proprio la materia del Diritto dell'ambiente costituisce un punto d'osservazione naturale ed ottimale per guardare al fenomeno dell'ibridazione tra diritto e tecnica, atteso che costituisce forse l'ambito del diritto amministrativo ove tale fenomeno si realizza con maggiore evidenza e, comunque, fin dal suo apparire sulla scena della regolazione. Anzi, ben potrebbe affermarsi, senza paura di essere eccessivi, che il diritto dell'ambiente non potrebbe esistere senza le norme tecniche o, più in generale, senza l'apporto delle conoscenze tecnico-scientifiche. Ne è

prova, peraltro, la lettura del Codice dell'ambiente, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ove la parola "tecnica" compare più di trecento volte e ove è facile rinvenire il ruolo cruciale assegnato alle conoscenze tecnico-scientifiche e agli organi di supporto tecnico-scientifico.

Orbene, assumendo il punto di vista dello studioso del diritto amministrativo, la lettura delle decisioni della Corte Costituzionale evidenzia alcune questioni di sicuro interesse.

In via preliminare va osservato come si manifesti una tensione, per così dire strutturale, tra la norma giuridica e la regola tecnica, fenomeno certamente di portata generale, ma che nel campo delle questioni ambientali pare particolarmente enfatizzato. Diritto e tecnica si "muovono", per così dire, a due differenti velocità, rappresentando due esigenze sostanzialmente confliggenti: da una parte, la certezza (e la connessa durevolezza nel tempo, rispetto alla quale sono funzionali i caratteri di generalità e astrattezza, e a cui, sul piano del diritto amministrativo, si ricollega tra l'altro il legittimo affidamento degli operatori, in particolare, delle imprese produttive che devono poter fare appunto affidamento su coordinate tecnico-normative certe nel momento in cui costruiscono o modificano un impianto) e, dall'altra, la flessibilità, ossia la necessaria adeguabilità e aggiornabilità in tempi stretti, propria appunto della regola tecnica, atteso che l'efficace protezione dell'ambiente non può che "passare per" regole di comportamento espressione di aggiornate acquisizioni tecnico-scientifiche.

Nel diritto dell'ambiente questo aspetto è, tra l'altro, complicato perché, oltre che dell'evoluzione scientifico-tecnica, occorre altresì tenere presente che gli stessi equilibri ambientali sono mutevoli a fronte di cambiamenti e/o interazioni degli elementi dell'ecosistema che non necessariamente dipendono direttamente dalla mano dell'uomo (es. fattori climatici) e che possono generare situazioni non sempre prevedibili.

Pare comunque possibile affermare che esista una diretta proporzionalità tra la misura dell'ibridazione della regola di comportamento e la regola tecnica, da una parte, e la velocità di trasformazione del diritto stesso, dall'altra.

2. *Le norme tecniche nel confronto tra competenze legislative statali e regionali*

In ogni caso, è inevitabile osservare che il diritto, proprio in quanto connesso all'evoluzione tecnico-scientifica, è necessariamente un diritto

in perenne trasformazione. Da ciò l'esigenza di costante adeguamento che provoca necessariamente la messa in campo di strumenti di adattamento del diritto all'evoluzione tecnico/scientifica.

Sotto il profilo normativo, questo comporta principalmente la ricerca di fonti più "agili", segnatamente quelle di rango secondario. La questione, semplice e ben nota nelle sue linee teoriche ed essenziali, pone tuttavia qualche delicato problema qualora si versi in materie di competenza concorrente Stato/Regioni, posto che ci si deve chiedere se la specifica tecnica possa, essa stessa, costituire "principio fondamentale" ai sensi dell'art. 117, c. 3, Cost.

Proprio in materia ambientale, la questione è stata portata all'attenzione della Corte Costituzionale, la quale ha rimarcato in più occasioni come le fonti di rango secondario costituiscano un "corpo unico" con la normativa primaria che le prevede. Esemplificativamente, è quanto affermato dalla sent. 5 aprile 2018 n. 69, in materia di regimi abilitativi degli impianti per la produzione di energia rinnovabile (materia pacificamente ascritta a quella della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", ex art. 117, c. 3, Cost.) regolati dalle Linee guida di cui al decreto interministeriale 10 settembre 2010, adottate in attuazione dell'art. 12, c. 10, d.lgs. n. 387/2003, e richiamate nel d.lgs. n. 28/2011. In merito la Corte ha affermato espressamente che trattasi di atti di normazione secondaria, che "costituiscono, *in settori squisitamente tecnici*, il completamento della normativa primaria e rappresenterebbero un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e che ad essi affida il compito di individuare le specifiche tecniche che mal si conciliano con il contenuto di un atto legislativo e che necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale", con la conseguenza che si porrebbe in contrasto con l'art. 117, c. 3, Cost, la legge regionale che non le rispettasse (nel caso di specie si trattava della l.r. Veneto, 30 dicembre 2016, n. 30, che aveva fissato le distanze minime per la collocazione di nuovi aerogeneratori).

Il discorso, invero, si inserisce in quello, ben più ampio, della facoltà delle regioni di dettare "standard tecnici" differenti da quelli stabiliti a livello statale in materia ambientale.

La questione si pone, in particolare, nel momento in cui la materia viene configurata a livello di giurisprudenza costituzionale, come materia a vocazione "trasversale".

È quanto stabilito dalla ben nota sent. n. 407/2002, ove il Supremo Consesso aveva appunto affermato che, poiché la "tutela dell'ambiente" sarebbe da intendersi non già come materia in senso stretto, bensì come

un valore costituzionalmente protetto integrante una sorta di “materia trasversale”, ben potrebbero sussistere competenze diverse anche regionali, fermo restando che allo Stato rimarrebbe comunque riservato “il potere di fissare *standards* di tutela uniformi sull’intero territorio nazionale, senza peraltro escludere la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali”.

Il principio è stato riconfermato altresì da una parte della giurisprudenza più recente, pur a fronte di una sorta di *revirement* della giurisprudenza costituzionale ove l’ambiente è stato diversamente ricostruito come “materia unitaria”. A partire dalla decisione n. 367/2007, infatti, la Consulta pare rivedere l’orientamento precedente, affermando che l’ambiente sarebbe da configurarsi, oltre che come «valore» costituzionale «primario e assoluto», altresì come «materia in senso tecnico», giuridicamente oggetto di attività di tutela (conservazione e miglioramento) e di uso (fruizione), che indica un complesso unitario, sistemico, dinamico diverso dalle sue componenti (in cui sarebbe da ricomprendersi anche il paesaggio, che ne costituisce la forma visiva e che non è espressamente menzionato nel nuovo titolo V), che rientra nella competenza esclusiva dello Stato, e che dunque «precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali».

La ricostruzione dell’ambiente come materia unitaria affidata dall’art. 117, c. 2, Cost., alla competenza legislativa esclusiva statale, pareva poter mettere in crisi l’esistenza di ambiti di competenza regionale in materia, analoghi a quelli riconosciuti nel periodo immediatamente precedente e di cui si è detto.

Tuttavia, parte della giurisprudenza costituzionale non ha mancato di riaffermare l’orientamento anteriore. Esemplificativamente, si legga la decisione n. 387/2008, resa in materia di rapporti tra lo Stato e le Regioni a statuto speciale, la quale tuttavia afferma un principio, che per espressa affermazione della Corte, vale sia per le regioni speciali sia per quelle ordinarie: “spetta pur sempre allo Stato la determinazione degli standard minimi ed uniformi di tutela della fauna, nell’esercizio della sua competenza esclusiva in materia di tutela dell’ambiente e dell’ecosistema, secondo quanto prescrive l’art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. (ex plurimis, sentenze n. 391 del 2005, n. 311 del 2003, n. 536 del 2002). Il fondamento di tale competenza esclusiva statale si rinviene nell’*esigenza insopprimibile di garantire su tutto il territorio nazionale soglie di protezione della fauna che si qualificano come «minime»*, nel senso

che costituiscono un vincolo rigido sia per lo Stato sia per le Regioni – ordinarie e speciali – a non diminuire l'intensità della tutela. Quest'ultima può variare, in considerazione delle specifiche condizioni e necessità dei singoli territori, solo in direzione di un incremento, mentre resta esclusa ogni attenuazione, comunque motivata". Analogamente, Corte Cost. 20 ottobre 2017, n. 218, richiamando espressamente la sentenza n. 407/2002, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della l.r. Veneto 26 marzo 1999 laddove prevedeva l'assoggettamento alla procedura di verifica della valutazione di impatto ambientale dei soli progetti relativi alla realizzazione di strade extraurbane secondarie di lunghezza superiore a 5 km, ponendosi, ad avviso del rimettente, in contrasto con la disciplina statale dell'art. 23, comma 1, lettera c), e relativo allegato III, elenco B, punto 7, lettera g), del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), che impone di sottoporre alla detta procedura tutti i progetti di strade extraurbane secondarie, senza consentire alcuna esclusione a priori fondata su criteri meramente dimensionali.

3. *Evoluzione della tecnica e provvedimenti amministrativi*

Rappresentando il punto di vista dell'amministrativista, occorre evidenziare come uno dei temi più affascinanti in materia si riferisca all'intervento della Corte Costituzionale su scelte legislative dettate dalla necessità di tener conto della tecnica, ossia relative alla conformazione dei poteri amministrativi a fronte di una normativa a forte contenuto tecnico. Il problema dell'adeguamento e dell'aggiornamento investe, in effetti, anche i provvedimenti amministrativi già adottati.

Il fenomeno è interessante e vale la pena rimarcarlo.

In effetti proprio a fronte della forte componente tecnica che caratterizza il contenuto conformativo dei provvedimenti amministrativi autorizzativi in materia ambientale, essi sono rilasciati con una durata temporale limitata e determinata, alla scadenza della quale sarà necessaria una nuova valutazione circa la sussistenza dei requisiti tecnici. In questo modo, la durata temporale limitata assume la veste di strumento di composizione degli interessi delle imprese a proseguire l'attività intrapresa con quello della protezione dell'ambiente e, segnatamente, del contenimento dell'inquinamento che impone che le autorizzazioni tengano comunque sempre conto delle più aggiornate metodologie tecnico-scientifiche di contenimento delle emissioni e dei dati aggiornati sugli impatti di queste su ambiente e salute.

Di sicuro rilievo sotto questo profilo, Corte Cost. 24 luglio 2009 n. 250, in materia di autorizzazioni alle emissioni in atmosfera per gli stabilimenti. Per quanto qui di interesse, la Regione Piemonte aveva impugnato l'art. 269, c. 7, t.u. ambiente, per la parte in cui stabiliva l'efficacia temporale dell'autorizzazione suddetta in quindici anni – ritenendola «assolutamente sproporzionata» alla luce dell'accelerato «processo di rinnovamento tecnologico degli impianti» – senza disciplinare nel contempo alcun potere decentrato, già attribuito in materia dall'art. 11 del d.P.R. n. 203/1988, di modificare le prescrizioni dell'autorizzazione in seguito all'evoluzione della migliore tecnologia disponibile, nonché all'evoluzione della situazione ambientale, compromettendo le attribuzioni regionali in punto di rilascio del titolo, in violazione dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione. In tale caso la Corte ha tuttavia dichiarato infondata la questione proposta, chiarendo quale debba essere la corretta interpretazione della norma censurata e fornendo un fondamentale contributo per la comprensione del significato della “temporaneità” delle autorizzazioni alle emissioni. Afferma infatti la Corte che, ancorché la Direttiva del Consiglio concernente la lotta contro l'inquinamento atmosferico provocato dagli impianti industriali 28 giugno 1984, n. 84/360/CE (vigente al tempo della promulgazione del d.lgs.152/2006 e poi abrogata con effetto dal 30 ottobre 2007) comportasse l'adozione, a livello nazionale, di misure adeguate per adattare progressivamente gli impianti esistenti alla migliore tecnologia disponibile, e pur tenuto conto dell'opportunità di evitare costi eccessivi per gli impianti, in ogni caso avrebbe dovuto ritenersi manifestamente irragionevole «il congelamento delle condizioni dell'autorizzazione, quanto alle prescrizioni relative all'impianto, per un periodo di quindici anni, quando la sempre più rapida evoluzione della tecnologia avrebbe invece consentito, nel frattempo, di ricorrere ad adattamenti tecnici idonei ad una più efficace salvaguardia dell'ambiente, senza nel contempo implicare costi sproporzionati rispetto all'utilità conseguita»; d'altro canto, a giustificazione di una durata così lunga, non avrebbe potuto invocarsi neppure la tutela dell'affidamento dell'impresa circa la stabilità delle condizioni fissate dall'autorizzazione, posto che tale interesse avrebbe dovuto senz'altro ritenersi recessivo rispetto ad un'eventuale «compromissione del limite assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive» e, conseguentemente, non avrebbe potuto «prevalere sul perseguimento di una più efficace tutela di tali superiori valori, *ove la tecnologia offra soluzioni* i cui costi non siano sproporzionati rispetto al vantaggio ottenibile». Un certo grado di fles-

sibilità del regime di esercizio dell'impianto, è dunque connaturato alla particolare rilevanza costituzionale del bene giuridico che, diversamente, ne potrebbe venire offeso, nonché alla natura inevitabilmente, e spesso imprevedibilmente, mutevole del contesto ambientale di riferimento. Ne consegue che la disposizione censurata non andrebbe interpretata quale divieto per l'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione di modificare, durante il periodo quindicennale di validità del titolo, le prescrizioni della stessa concernenti gli impianti, in base all'evoluzione della migliore tecnologia disponibile e della situazione ambientale.

4. *La tutela dell'ambiente tra tecnica e politica*

Il sistema complesso genera infine tensioni irrisolte tra tecnica e politica, particolarmente evidenti in taluni procedimenti, quali, soprattutto quello di valutazione di impatto ambientale da sempre terreno di conflitti tra quelle.

Corte Cost. 3 maggio 2013 n. 81, affronta proprio tale delicata questione, scrutinando la l. r. Sardegna 12 giugno 2006, n. 9, in materia di conferimento di funzioni e compiti agli enti locali, con la quale si prevede che le procedure in materia di valutazione di impatto ambientale si concludano, sulla base dell'attività istruttoria, con atto deliberativo assunto dalla Giunta regionale, su proposta dell'Assessore regionale della difesa dell'ambiente». Ad avviso del giudice rimettente, l'attribuzione alla Giunta regionale, anziché ai dirigenti della Regione, del potere decisionale in ordine alla valutazione di impatto ambientale (ma «sulla base dell'attività istruttoria» svolta dai dirigenti), avrebbe violato il principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione amministrativa, in quanto la valutazione di impatto ambientale costituirebbe un «atto amministrativo di gestione, di natura tecnico discrezionale, senza che nell'espressione di tale giudizio rilevino profili di programmazione, o valutazioni di indirizzo politico», ponendosi così in violazione diretta dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione sanciti dall'art. 97 della Costituzione. Piuttosto articolata la risposta della Corte che dichiara infondata la questione. A parere del supremo giudice, infatti, pur a fronte del principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo, spettanti agli organi di governo, e funzioni di gestione amministrativa, proprie dei dirigenti, introdotto dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico

impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421) – e fatto proprio dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59) e, poi, dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) – al fine di porre i dirigenti (generali) “in condizione di svolgere le loro funzioni nel rispetto dei principi d'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione”, deve rilevarsi che l'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa spetterebbe al legislatore, il cui potere incontrerebbe però un limite nello stesso art. 97 Cost., nel senso che esso non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzialità della pubblica amministrazione. Orbene, il ragionamento della Corte “piega”, tuttavia, verso una soluzione in cui politica e amministrazione non vengono nettamente tenute distinte, proprio a causa del fatto che si versa in materia di tutela ambientale, ed in particolare, di procedimenti di valutazione di impatto ambientale che, come si è detto, costituiscono tradizionalmente terreno di confronto, e spesso, di scontro, tra questi. La Corte afferma infatti che sebbene il legislatore regionale abbia attribuito alla Giunta il potere di decidere sulla valutazione di impatto ambientale di interesse provinciale o regionale, tuttavia, tale potere decisionale deve tener conto, per espressa previsione legislativa, dell'attività istruttoria svolta dai dirigenti regionali. Conseguentemente la scelta legislativa non apparirebbe irragionevole, proprio a fronte della particolare complessità della VIA, ove «a verifiche di natura tecnica circa la compatibilità ambientale del progetto, che rientrano nell'attività di gestione in senso stretto e che vengono realizzate nell'ambito della fase istruttoria, possono affiancarsi e intrecciarsi complesse valutazioni che – nel bilanciare fra loro una pluralità di interessi pubblici quali la tutela dell'ambiente, il governo del territorio e lo sviluppo economico – assumono indubbiamente un particolare rilievo politico».

5. *Il procedimento amministrativo costituisce davvero la sede ottimale per perseguire un'efficace tutela dell'ambiente?*

Il tema appena affrontato, impone di volgere lo sguardo verso altra delicata questione.

La complessità delle valutazioni deputate a garantire la protezione dell'ambiente è, infatti, altresì all'origine di una sorta di *favor* della giurisprudenza costituzionale nei confronti del procedimento amministrativo quale sede ottimale ove perseguire il bilanciamento tra i vari interessi di volta in volta in gioco.

Il tema è evidente in alcune pronunce della Suprema Corte.

A titolo esemplificativo può citarsi, tra le più recenti, Corte Cost. 28 febbraio 2019, n. 28. In tale caso, il Presidente del Consiglio dei Ministri aveva promosso questione di costituzionalità dell'art. 2, l.r. Abruzzo 23 gennaio 2018, n. 5, *Norme a sostegno dell'economia circolare – Adeguamento Piano Regionale di Gestione Integrata dei Rifiuti*, sostenendo che la Regione, nel provvedere all'adeguamento del piano mediante legge anziché mediante atto amministrativo, avrebbe leso la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nonché il principio generale di «primarietà dell'ambiente». In punto, la Corte ha dichiarato fondata la questione. Il ragionamento della Corte parte dalla considerazione (invero costante nella giurisprudenza costituzionale) che nelle materie, come quella *de qua*, riconducibili alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, il legislatore nazionale ha titolo per vietare che la funzione amministrativa regionale venga esercitata in via legislativa – posto che «[i]n tale area riservata di competenza, per quanto la funzione amministrativa debba essere allocata al livello di governo reputato idoneo ai sensi dell'art. 118 Cost., il compito sia di individuare questo livello, sia di disciplinare forma e contenuto della funzione, non può che spettare al legislatore statale» –; con specifico riferimento al caso deciso, deve tuttavia osservarsi come l'art. 199 del Codice dell'Ambiente non pongesse un vincolo esplicito in tal senso, limitandosi a prevedere che per l'approvazione (e l'adeguamento) dei piani di gestione integrata dei rifiuti si applichi la procedura in materia di VAS. A parere della Corte, tuttavia, detta disposizione andrebbe interpretata come prescrittiva di un atto amministrativo di pianificazione atteso che «nei casi in cui la legislazione statale, nelle materie di competenza esclusiva, conformi l'attività amministrativa all'osservanza di criteri tecnico-scientifici, lo slittamento della fattispecie verso una fonte primaria regionale fa emergere un sospetto di illegittimità» (sentenza n. 20/2012 e n. 90/2013, in materia

di calendari venatori, e quindi di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ex art. 117, c. 2, lett. s), Cost; nello stesso senso sent. n. 143/1989, in materia urbanistica).

A livello generale, in effetti, la Consulta ha affermato in più occasioni, che il passaggio dal provvedere in via amministrativa alla forma di legge sarebbe più consono alle ipotesi in cui la funzione amministrativa impatta su assetti della vita associata, per i quali viene avvertita una particolare esigenza di protezione di interessi primari «a fini di maggior tutela e garanzia dei diritti» (sent. n. 143/1989); diversamente, le norme in cui la legislazione statale, nelle materie di competenza esclusiva, conformi l'attività amministrativa all'osservanza di criteri tecnico-scientifici (e tra essi devono ricomprendersi le norme che rimettono la definizione di interventi regionali ad atti di pianificazione), devono intendersi prescrittive della forma dell'atto amministrativo, poiché, solo così è possibile assicurare le «garanzie procedurali per un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco, *da soddisfare anche attraverso l'acquisizione di pareri tecnici*»; ne conseguirebbe, in tali casi, il divieto per la regione di ricorrere ad una legge-provvedimento (sentenza n. 174/2017; nello stesso senso, sentenza n. 139/2017).

In altra diversa fattispecie, ossia in materia di calendari venatori, la Corte, analogamente, ha avuto modo più volte di precisare che l'atto amministrativo costituirebbe l'unica scelta in grado, tra l'altro, di garantire un regime di flessibilità certamente più marcato che nell'ipotesi in cui il contenuto del provvedimento sia cristallizzato nella forma della legge (si pensi all'esigenza di tenere conto di repentini ed imprevedibili mutamenti delle circostanze di fatto in base alle quali il calendario venatorio è stato approvato come nel caso di sopravvenute particolari condizioni ambientali, stagionali o climatiche o per malattie o per altre calamità. Così esplicitamente, Corte Cost. n. 20/2012).

A parere della Corte, tra l'altro, proprio la tutela dell'ambiente implicherebbe che l'intervento regionale previsto dalla legislazione statale avvenisse «*nel rispetto del modulo procedimentale e dei criteri fissati dalla legislazione stessa*, motivando la scelta compiuta in modo da garantire la controllabilità della discrezionalità esercitata nelle competenti sedi giurisdizionali» (sentenza n. 173/2017 nonché, più in generale, sentenza n. 85/2013).

In altre parole, la preferenza per l'atto amministrativo sarebbe da addebitarsi al fatto che quest'ultimo costituirebbe «il punto di approdo di un'adeguata attività istruttoria svolta nella sede procedimentale, aperta al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati interessa-

ti, e quindi preordinata all'apprezzamento e alla sintesi delle plurime istanze coinvolte (siano esse statali, locali o private)»; ne conseguirebbe che, qualora il legislatore statale prescriva l'adozione di una "procedura", come nel caso dell'art. 199, d.lgs. 156/2006, comprendendovi la partecipazione degli interessati e l'acquisizione di pareri tecnici, deve intendersi che esso volesse realizzare un vero e proprio procedimento amministrativo (sent. n. 28/2019).

Il principio era già stato, tra l'altro, affermato in un'altra interessante decisione (Corte Cost, n. 69/2018, cit.) in materia di impianti di energia a fonte rinnovabile. In tale sede, il giudice delle leggi aveva espresso il medesimo *favor* nei confronti del procedimento amministrativo (e non della legge) quale sede elettiva di quella composizione di interessi coinvolti, ma contrapposti (tutela della salute, paesaggistico-ambientale, dell'assetto urbanistico) che può eventualmente sfociare nella previsione di eccezioni al principio di derivazione comunitaria della massima diffusione di impianti di energia a fonte rinnovabile. In effetti – a parere della Corte – proprio nella sede procedimentale, potrebbe e dovrebbe 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»: solo nel corpo del procedimento infatti sarebbe possibile l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, garantendo l'imparzialità della scelta nonché il più adeguato ed efficace perseguimento dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., restando altresì garantito il vaglio giurisdizionale sulle scelte compiute e sulle relative modalità di adozione.

Il *favor* espresso dalla Corte Costituzionale per il procedimento amministrativo quale sede ottimale di bilanciamento degli interessi di volta in volta in gioco, finalizzato al «perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario coinvolto, che consiste nell'inveramento della tutela ambientale» (così espressamente, tra le altre, sent. n. 28/2019), impone di volgere lo sguardo, quanto meno in modo interrogativo, al ruolo della tecnica all'interno dei procedimenti amministrativi.

Se si guarda alla nostra legge breve sul procedimento amministrativo, n. 241/90, non si può fare a meno di rilevare come l'art 17, espressamente deputato a disciplinare l'acquisizione delle valutazioni tecniche rimesse ad organi od enti appositi e rimasto invariato dall'entrata in vigore

della legge, parrebbe “mettere al sicuro” l’apporto degli organi tecnici suddetti, inibendo la conclusione dei procedimenti in assenza di quelle valutazioni. In particolare, poi, proprio «in caso di valutazioni che debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini», il legislatore avrebbe imposto la sospensione del procedimento in attesa dell’apporto dell’organo tecnico preposto, venendo meno il generale dovere in capo al responsabile del procedimento di chiedere la valutazione a soggetti con capacità equipollente, laddove quelli preposti non vi provvedano entro i termini previsti. Vero è che tuttavia la protezione dell’art. 17 comunque vale solamente nel caso in cui questi apporti siano normativamente previsti come obbligatori e non nei casi in cui venga eventualmente richiesto in modo facoltativo, ove in caso di valutazioni tecniche non tempestivamente rese, il responsabile dovrebbe procedere in assenza di quelle.

Allargando, tuttavia, lo sguardo alla disciplina dell’interesse ambientale all’interno del procedimento amministrativo (al di là della più stretta questione degli apporti tecnici di cui si è detto), le ultime riforme che hanno interessato la legge 241/1990 hanno finito per dequotare progressivamente l’apporto delle amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili tra cui, appunto, proprio di quelle competenti in materia di tutela dell’ambiente che (forse più di tutte le altre comunque portatrici di interessi sensibili) sono chiamate ad effettuare scelte in cui difficilmente gli aspetti tecnico-valutativi e quelli ascrivibili schiettamente alla discrezionalità amministrativa possono essere tenuti separati.

Due in particolare, le discipline che impongono qualche riflessione.

In primo luogo il nuovo art. 17-*bis*, introdotto dalla l. 7 agosto 2015, n. 124, in materia di silenzi tra amministrazioni, che stabilisce che «Nei casi in cui è prevista l’acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l’adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell’amministrazione procedente» e che «Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l’assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito».

Orbene, per quanto qui di interesse, la disposizione si applica anche «ai casi in cui è prevista l’acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale,

paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche». Con parere 13 luglio 2016, n. 1640, la Commissione speciale (istituita con decreto 17 giugno 2016, n. 80 dal Presidente del Consiglio di Stato con il compito appunto di formulare un parere su quesiti espressi dalla Presidenza del Consiglio «su alcuni problemi applicativi dell'art. 17-*bis* della legge 7 agosto 1990 n. 241 introdotto dall'art. 3 della legge 7 agosto 2015 n. 124») ha chiarito che quello disciplinato dall'art. 17-*bis* è da intendersi come silenzio assenso, di tipo "orizzontale", ossia operante nei rapporti tra amministrazioni co-decidenti, e che conseguentemente non troverebbe applicazione nei casi di pareri e valutazioni tecniche, di cui agli artt. 16 e 17; conseguentemente, qualora il silenzio si fosse formato per decorso del termine previsto per il rilascio di pareri o di valutazioni tecniche, continuerebbero a trovare applicazione, rispettivamente, l'art. 16, c. 3, e l'art. 17, c. 2.

In ogni caso, è impossibile non rilevare che con la novella è stato introdotto nell'ordinamento un meccanismo completamente disallineato rispetto a quello dettato dall'art. 20, c. 4, l. n. 241/1990, in riferimento ai procedimenti ad istanza di parte (la cui disciplina non è investita, su questi aspetti, dalla novella), secondo il quale, nel rapporto con il privato, l'inerzia finale serbata dall'amministrazione procedente, nel caso di «atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente (...)» costituisce un ostacolo alla produzione silenziosa dell'effetto finale; diversamente, come si è detto, in forza dell'art. 17-*bis*, nei rapporti endoprocedimentali tra amministrazioni, l'inerzia del soggetto chiamato ad esprimere l'assenso è comunque superabile.

Vero è che il citato parere, evidentemente al fine di evitare che gli interessi sensibili non siano del tutto pretermessi qualora non si versasse nelle ipotesi (endoprocedimentali) regolate dagli artt. 16 e 17 di cui si è detto, precisa comunque che, anche nei casi in cui operi il silenzio assenso ex art. 17-*bis*, l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente al momento della fase decisoria.

Resta il fatto che è infranta la regola che mirava a salvaguardare l'insostituibilità dell'apporto specialistico riferito all'interesse sensibile ambientale, dovendosi anche considerare come la soluzione, evidentemente di compromesso adottata dal parere citato, non sembri poter soddisfare del tutto, posto che il bilanciamento di interessi sarà compiuto da un'amministrazione preposta al perseguimento di altri e diversi interessi e comunque in assenza dell'apporto qualificato.

Analogamente, desta qualche preoccupazione la nuova disciplina della conferenza di servizi. L'art. art. 14-ter, c. 7 (come sostituito dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127), stabilisce che «l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione della conferenza sulla base delle posizioni prevalenti espresse dalle amministrazioni partecipanti alla conferenza tramite i rispettivi rappresentanti», considerando «acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, non abbia espresso ai sensi del comma 3 la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza». La disposizione non fa alcuna distinzione tra amministrazione e amministrazione e, dunque, è applicabile anche alle amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili.

Analoga previsione è stabilita nel caso di conferenza di servizi semplificata ove, ai sensi dell'art. 14-bis, c. 4, «la mancata comunicazione della determinazione entro il termine di cui al comma 2, lettera c), ovvero la comunicazione di una determinazione priva dei requisiti previsti dal comma 3, equivalgono ad assenso senza condizioni», fatti salvi, in questa sola ipotesi, «i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi».

A fronte del motivato dissenso di un'amministrazione preposta alla tutela di un interesse sensibile, invece, sparisce la devoluzione della questione al Consiglio dei Ministri, prevista dall'art. 14-*quater*, nella versione precedente. Ai sensi del nuovo art. 14-*quinquies*, c. 1, residua per le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini («che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza»), la possibilità di proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri avverso la determinazione motivata di conclusione della conferenza, entro 10 giorni dalla sua comunicazione.

In altre parole, ai sensi dell'art. 14-*quater*, c. 3, in caso di approvazione unanime, la determinazione motivata di conclusione della conferenza, adottata dall'amministrazione procedente all'esito della stessa, dovrà ritenersi immediatamente efficace; diversamente, nel caso di approvazione sulla base delle posizioni prevalenti e ove siano stati espressi dissensi qualificati, l'efficacia della determinazione è sospesa per il termine (assai breve) di dieci giorni entro il quale le amministrazioni interessate possono, come si è visto, presentare opposizione al Presidente del Consiglio

dei Ministri. In tale sede potrà essere raggiunta un'intesa tra le amministrazioni partecipanti e, solo in caso contrario, la questione sarà comunque devoluta al Consiglio dei Ministri.

Alla luce delle osservazioni sinteticamente esposte, vale la pena chiedersi se davvero quella procedimentale possa essere, sempre ed in ogni caso, la sede ottimale per effettuare un efficace confronto tra gli interessi di volta in volta in gioco nel segno del miglior perseguimento dell'interesse ambientale. Le ultime riforme, infatti, finiscono per "normalizzare" gli interessi sensibili (e, tra questi, anche quello alla tutela dell'ambiente), privandoli di quei profili di "prevalenza" che emergevano nella configurazione originaria della l. n. 241/1990 e, seppur con alcuni (anche rilevanti) ritocchi, fino a tempi piuttosto recenti (per esempio l'insuperabilità del motivato dissenso in sede di conferenza di servizi, e l'automatica devoluzione della questione al Consiglio dei Ministri, che si assumeva così la responsabilità politica della decisione).

Tali scelte normative, ancorché destino perplessità, paiono tuttavia trovare l'avallo della Corte Costituzionale, che ha osservato in diverse occasioni come la primarietà di taluni valori costituzionali (tra cui anche quello "estetico-culturale") non legittimerebbe «un primato assoluto in un'ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali» e, dunque, non li sottrarrebbe alla fondamentale regola del bilanciamento e del contemperamento; la detta "primarietà", dunque, si risolverebbe nell'esigenza «di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative» (C. Cost., 24 giugno 2004, n. 196 e 21 febbraio 2006, n. 182/2006, entrambe in materia di rapporti tra condono edilizio e tutela del paesaggio).

La "prioritaria considerazione" e, dunque, la "primarietà" dell'interesse alla tutela del patrimonio culturale, è stata così letta, non già come l'attribuzione a particolari interessi (tra cui, appunto, quello alla tutela del patrimonio culturale) di un peso speciale nel corpo delle valutazioni discrezionali dell'amministrazione; piuttosto, essa parrebbe soddisfatta dalla previsione di una tutela (meramente) procedimentale atta a garantirne, in un modo o nell'altro, l'acquisizione e la considerazione (ancorché non necessariamente da parte degli organi a ciò preposti) nel corpo del bilanciamento discrezionale.

Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”: la materia tributaria

SOMMARIO: 1. Introduzione: la materia tributaria come materia tecnica. – 2. Tratti distintivi del rapporto tributario nell’ordinamento italiano. – 3. La difficile delimitazione della capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 4. Tecniche di giudizio costituzionale della materia di tributaria: alcuni cenni.

1. *Introduzione: la materia tributaria come materia tecnica*

Benché si possa ritenere, in linea generale, che tutte le materie giuridiche siano tecniche, dal momento che tutte richiedono l’approfondimento di determinate e specifiche conoscenze del settore regolato, in senso stretto si può intendere come tecniche le materie la cui conoscenza nel merito è frutto del metodo scientifico, il quale consente – attraverso l’osservazione, la misurazione, la verifica e l’induzione – di operare scelte e formulare giudizi.

Se dunque per materia tecnica intendiamo una materia caratterizzata da un particolare insieme di regole che impongono all’interprete del diritto l’acquisizione, oltre alle competenze giuridiche, di specifiche competenze dedotte o indotte dal metodo scientifico, o comunque la familiarità con esse, la tecnicità della materia tributaria presenta, rispetto ad altre materie, due elementi di distinzione.

In primo luogo, si tratta di una materia tradizionalmente tecnica. Negli anni del dominio della tecnica¹ il diritto e i suoi interpreti sono sottoposti a forti pressioni e sforzi per far incontrare le competenze tecniche, in senso stretto, con quelle giuridiche. Basti pensare al dibattito sulla rior-

1. N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001, già in *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contratto e impresa*, 2000, 665 ss.; E. RESTA, *Il diritto la libertà, la tecnica*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2001, 79 ss.; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, 1 ss.

ganizzazione della giustizia in sezioni specializzate, alla individuazione di sfere di regolazione e vigilanza affidate ad Autorità indipendenti (e competenti), ma anche al rinvio dei dati di scienza come fonti di giudizio². Molte materie tecniche sono “nuove” e sono il frutto dell’innovazione tecnologica. Come tali, non soltanto contribuiscono a innovare le regole giuridico, ma persino fondano un nuovo ordine giuridico fatto di categorie e soluzioni originali³. Molte altre, per quanto materie tradizionali, grazie alle acquisizioni della scienza e della tecnologia stanno diventando sempre più “tecniche” e in ciò stanno portando il diritto oltre le sue frontiere concettuali tradizionali⁴.

Ebbene, a differenza di molte materie tecniche nuove o la cui tecnicità è emersa con più evidenza solo di recente, la natura tecnica della materia tributaria è stata da sempre riconosciuta. Ne è prova il fatto che, su di un piano storico, almeno fino all’inizio del secolo scorso essa non era neppure considerata una materia per giuristi, ma per economisti, scienziati della finanza, al massimo esperti di diritto finanziario⁵. Solo intorno agli anni Trenta del secolo scorso è stata concepita come scienza autonoma del diritto grazie a Ezio Vanoni, il quale, inserendosi in un lungo dibattito sulla causa del rapporto tributario, concluse per una sua distinzione rispetto sia alla scienza delle finanze, che allo stesso diritto finanziario⁶.

2. Corte di cassazione, sez. lavoro, n. 4540 del 1 marzo 2006, cit. a tal proposito da R. BIN, *Il sistema delle fonti. Un’introduzione*, in *Scritti in memoria di Giuseppe Floridia*, Jovene, Napoli, 2009, 27 ss.

3. Da M.G. LOSANO, *Giuriscibernetica*, in *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto*, a cura di R. Treves, Ed. di Comunità, Milano, 1968, 307 ss. e V. FROSINI, *La giuritecnica: problemi e proposte*, in *Informatica e diritto*, 1975, 1, 26, fino a A. MORELLI - O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC*, 1, 2018, 24.

4. Si fa riferimento naturalmente al biodiritto e alla bioetica. Da ultimo, si pensi alla decisione della Corte costituzionale sull’aiuto al suicidio, su cui un primo commento in merito è di S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2018; o ai quesiti sull’imputazione della condotta dei robot, su cui da ultimo A. D’ALOIA, *Il diritto verso ‘il mondo nuovo’. Le sfide dell’intelligenza artificiale*, in *Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 29.

5. V. G. FALSITTA, *Osservazioni sulla nascita e lo sviluppo scientifico del diritto tributario in Italia*, e N. D’AMATI, *L’insegnamento del diritto tributario*, entrambi in V. UCKMAR (a cura di), *L’evoluzione dell’ordinamento tributario italiano*, Cedam, Padova, 2000; A. AMATUCCI, *L’insegnamento del diritto finanziario*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 4, 1999, 492 e ss.

6. E. VANONI, *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Cedam, Padova, 1932. Di fondamentale importanza sul metodo e l’autonomia del diritto tributario, dopo l’opera di

Il secondo elemento di distinzione, collegato a questo, risiede nella difficile sindacabilità della legislazione tributaria. A cavallo tra teorie economiche e scelte politiche, la materia tributaria, per quanto riconosciuta da qualche decennio come materia anche giuridica, resta fortemente refrattaria al sindacato giurisdizionale. All'aver infatti riconosciuto l'appartenenza della materia al diritto non ha, se non raramente, corrisposto la sottoposizione al giudice (compreso quello delle leggi) delle scelte politiche in materia tributaria.

La difficoltà della sindacabilità delle norme tributarie non è dipesa solo dalla loro natura tecnica e dalla conseguente presa di distanza degli operatori del diritto dal fenomeno tributario. Essa è dipesa, d'altro lato, dalla intrinseca difficoltà di individuare criteri di controllo e limitazione della pretesa impositiva rispetto alla volontà della legge. La difficoltà di misurare con lo stesso metro le scelte attinenti le entrate con quelle attinenti le uscite ha comportato un limite oggettivo per la sindacabilità dei tributi. Un limite, ancora una volta, tecnico, acuito tuttavia da un limite politico rappresentato da una sorta di deferenza della conformazione del sistema tributario alle scelte di politica economica, se non altro per evitare che eventuali illegittimità creassero dei problemi di bilancio per lo Stato.

Esiste dunque un dovere fiscale come parte dei doveri di solidarietà, esiste un interesse fiscale costituzionalmente rilevante in quanto mezzo per garantire l'adempimento di tale dovere, esiste un espresso vincolo costituzionale di capacità contributiva quale limite al dovere tributario, eppure il senso costituzionale di questi tre termini a stento è riuscito ad essere il punto di compromesso tra la tecnica tributaria e la discrezionalità politica. Conseguentemente, le categorie concettuali e giuridiche attinenti il rapporto tributario hanno finito col costituire lo scudo dogmatico, più che il limite costituzionale, della discrezionalità legislativa.

2. *Tratti distintivi del rapporto tributario nell'ordinamento italiano*

La storia dei tributi è una storia antica e al tempo stesso recente. È antica nel senso che da sempre le comunità politiche hanno avuto bisogno di risorse, a tal punto da sostenersi che «L'ipotesi che le tasse siano il motore primo della storia è molto più attendibile di tante altre

Vanoni, fu quella di A.D. GIANNINI, *Il rapporto giuridico di imposta*, Giuffrè, Milano, 1937; contra B. GRIZIOTTI, *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, Milano, 1956, II.

teorie»⁷. È recente nel senso che i sistemi tributari come sistemi generali e prevedibili hanno pochi secoli di vita, al pari della nascita dello Stato moderno. È con esso infatti che si passa da una visione commutativa a una solidaristica del dovere tributario, e emerge conseguentemente la necessità di separare il potere di spendere da quello di tassare. Proprio da questa distinzione originano due percorsi storici e culturali distinti, tra costituzionalismo anglosassone e continentale. Da un lato, la tradizione basata sul concetto di autoimposizione, che, a partire dalle rivendicazioni del *Bill of Rights* prima e del principio *no taxation without representation* poi, individua il dovere tributario come un concorso di partecipazione alle spese necessarie a soddisfare la sintesi degli interessi dei membri della società. Dall'altro, il senso del dovere civico di solidarietà nazionale, l'obbligo tributario come valore collettivo di cui lo Stato si fa garante, interprete e intermediario, già in nuce nella Francia rivoluzionaria⁸ e poi sviluppato più chiaramente dalla dottrina tedesca⁹.

Non si tratta solo di una distinzione teoretica: da essa, discendono regole diverse su cosa è la legge di bilancio, cosa è il dovere tributario, cosa è l'interesse fiscale, come si svolge il rapporto tributario.

Così, nel nostro paese, dopo l'unità d'Italia la dottrina dei diritti pubblici soggettivi ha influenzato non solo il diritto pubblico e amministrativo, ma anche le riflessioni sul rapporto di imposta¹⁰. La teoria della preminenza dell'interesse fiscale supererà il secolo XIX e troverà una compiuta definizione come obbligazione *ex lege*, giustificata dall'interesse fiscale che a sua volta si legittima da sé, in quanto affermato attraverso la legge dall'autorità sovrana¹¹. La dottrina del dovere tributario come giustificato dal comando

7. Così inizia un esaustivo trattato di storia della tassazione, dall'antichità a oggi: C. ADAMS, *For Good and Evil*, 1992, trad. it. Liberilibri, Macerata, 2006.

8. Scriveva Rousseau nel *Discours sur l'économie politique*, 1755: «Vi consentirò di avere l'onore di servirmi, a condizione che mi darete il po' che vi avanza per lo sforzo che assumerò di comandarvi» (trad. originale). Sulla vicinanza dello Stato di diritto francese «più al *Rechtsstaat* tedesco che alla *Rule of Law* inglese» anche in tema tributario v. L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996, 43; più in generale A. BALDASSARRE, *Libertà I. Problemi generali*, in *Enc. Giur.*, XIX, Treccani, Roma, 1990.

9. C.F. GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, 1865, trad. it. a cura di P.L. Lucchini, *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971, 40.

10. V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale: scritti varii, 1881-1940*, coordinati in sistema, Giuffrè, Milano, 1954, 383 ss.

11. E. TOSATO, *Sulla natura giuridica delle leggi tributarie*, Cedam, Padova, 1939; A.D. GIANNINI, *Il rapporto giuridico d'imposta*, Giuffrè, Milano, 1935; G. RICCA SALERNO - A. GRAZIANI, *Le entrate ordinarie dello Stato*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato*

viene acquisita dalla scienza amministrativistica italiana, marginalizzando la teoria del beneficio¹² e quella causale¹³.

L'una e l'altra concezione del rapporto tributario, quella focalizzata sul comando e quella focalizzata sul beneficio, restavano comunque ancorate a una visione dicotomica, se non conflittuale, del rapporto tributario. Spetterà alla Costituzione repubblicana sintetizzare i due poli in una visione del rapporto tributario in cui contribuire alle spese è una faccia della medaglia dello Stato sociale. Né per obbedienza né per convenienza, secondo lo spirito della Costituzione, si pagano le imposte, ma per obbligo di solidarietà grazie al quale ognuno possa essere messo, nella redistribuzione delle fortune, in condizioni di poter sviluppare la propria personalità: il sistema tributario diventerà non pietra angolare del potere sovrano ma dello Stato democratico e sociale. Nella visione costituzionale, cessa lo scambio ma si supera il mero obbligo. Non si paga un prezzo per i servizi ricevuti ma non basta l'arbitrio sovrano per giustificare il dovere di pagare le imposte.

Tale visione si riflette, nuovamente, sulle regole del diritto tributario, a partire dai principi costituzionali di capacità contributiva e progressività: essi consacrano difatti l'allontanamento definitivo dalla visione mutualistica garantendo il pagamento delle imposte come dovere di solidarietà nei limiti in cui tale solidarietà può essere pretesa. Tuttavia, così facendo, i principi costituzionali rendono oltremodo difficile misurare la corrispondenza della pretesa fiscale a parametri certi di legittimità costituzionale. Lo sa bene la Corte costituzionale, la cui giurisprudenza decennale sul rapporto d'imposta è stretta tra scienza delle finanze e scelte di politica economica.

3. *La difficile delimitazione della capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

Il primo indizio di quanto appena detto sta nella difficoltà definitoria della capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost., da cui sono derivate le

completo di diritto amministrativo italiano, vol. IX, Società editrice libraria, Milano, 1902, 194. V. Anche O. RANELLETTI, *Natura giuridica dell'imposta*, Tip. Un. Cooper. Ed., Roma, 1898; G. DI PAOLO, *La non giuridicità della norma tributaria*, in *Tributi*, 1939, 10 ss.

12. M. DE VITI DE MARCO, *Il carattere teorico dell'economia finanziaria*, ora in *Dalla scienza alla lotta*, IBL Libri, 2016, 56.

13. B. GRIZIOTTI, *Intorno al concetto di causa nel diritto finanziario*, Cedam, Padova, 1939.

inevitabili ritrosie circa la sindacabilità del principio stesso. Quella che si voleva come garanzia per il contribuente, si sarebbe presto tramutata in discrezionalità del legislatore. Come fu da subito chiaro, infatti, «la capacità contributiva non è una qualità obiettiva ed immutabile del soggetto, ma è il risultato di una valutazione di un giudizio fatto dagli organi a ciò qualificati (il legislatore) intorno alla posizione del soggetto, ed alla sua idoneità a concorrere ai carichi pubblici. Nel giudizio importano quindi i criteri di valutazione che sono inevitabilmente politici e quindi legati all'equilibrio politico che si determina nel paese in un particolare momento e gli elementi oggettivi che identificano la situazione del singolo»¹⁴. Già dalla scelta di questa nozione, prima ancora che dal criterio della progressività, sembra originare quella cultura giuridica che, nella nostra Repubblica, ha considerato le imposte una materia a cavallo tra scienza delle finanze e politica economica, con poco spazio per l'interpretazione giuridica¹⁵; per un verso, gli studiosi di economia finanziaria sottolineavano l'indeterminatezza del principio di capacità contributiva, per altro verso i giuristi ritenevano che la formula in esame non potesse avere una propria valenza come criterio interpretativo e limitativo della potestà impositiva¹⁶. Nel mezzo, la Corte avrebbe avuto (e ha avuto) l'arduo compito di trovare una sintesi costituzionalmente rilevante per garantire che la capacità contributiva agisca come limite all'esazione e non come sua scusante. Una sintesi, dal punto di vista delle garanzie per il contribuente, non sempre riuscita.

Nella definizione tradizionale della Corte, la capacità contributiva è l'idoneità soggettiva all'obbligazione di imposta rivelata dal presupposto al quale la prestazione è collegata. La capacità contributiva esprime la regola fondamentale di giustizia tributaria, poiché l'idoneità economica del soggetto passivo d'imposta è il modo in cui, almeno in teoria, il legislatore non solo colpisce, in assoluto, indici che esprimono una forza economica, ma anche distribuisce il carico tributario distinguendo e trattando distintamente le diverse espressioni di idoneità. Da un lato, il concetto supera il criterio mutualistico, dall'altro però preserva il contribuente da un esproprio tributario. Ma dove è il confine di legittimità non è (stato) così facile da individuare. A tale incertezza concorrono due fattori: in primo luogo, a prescindere dalla non misurabilità delle formule usate dalla Costituzione italiana (capacità contributiva, progressività, concorso alle spese pubbliche), occorre tenere presente la fisiologica diversità di grandezza

14. Relazione della sottocommissione per la finanza, Assemblea costituente.

15. F. FORTE, *Note sulle norme tributarie*, in *Jus*, 3, 1957, 389.

16. G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova Costituzione italiana*, Marzorati, Milano, 1948, 63.

tra le entrate (frazionate) e la spesa pubblica (unitaria). In secondo luogo, pesa la scelta di usare una formula più vaga rispetto ad altri, pur possibili, indici di forza economica come «mezzi»¹⁷ o «averi»¹⁸ per individuare i presupposti di imposta, i criteri di determinazione della base imponibile e le stesse regole applicative.

In una copiosa giurisprudenza, la Corte ha svolto un'indagine casistica che ha limitato l'accoglimento delle questioni solo e raramente per manifesta arbitrarietà e irrazionalità, posto che la capacità contributiva non è cristallizzabile, a suo giudizio, nella proprietà dei beni o nei redditi, ma più generalmente esprime l'idoneità «del singolo a concorrere alle spese pubbliche in relazione alla molteplicità di obiettivi di politica fiscale che il legislatore può perseguire con l'imposizione tributaria»¹⁹. In altri termini, secondo la Corte costituzionale la capacità contributiva non indica la mera capacità economica, ma la capacità del soggetto ad eseguire quella prestazione impositiva sulla base di indici di vantaggio economico, che trovano diretto e immediato collegamento con il presupposto indicativo della capacità medesima. E il presupposto è, sempre secondo la Corte, «qualsiasi indice rivelatore di ricchezza, secondo valutazioni riservate al legislatore»²⁰.

Tale discrezionalità si palesa, più che nel concetto di “attitudine” a esprimere una forza economica, nella correlata individuazione del presupposto di fatto in grado di dare al soggetto passivo di imposta quella attitudine, sulla cui individuazione la Corte ha avuto sempre un atteggiamento di forte *self restraint* rispetto all'attività legislativa.

L'esempio forse più manifesto di astrazione del presupposto d'imposta dalle vicende concrete inerenti la capacità di generare ricchezza riguarda la tormentata imposta dell'Irap, per la quale la Corte ha ricavato una nozione di capacità non circoscritta alla situazione economica del contribuente o alla rilevanza patrimoniale del fatto, ma ad una nozione più generica rappresentata dalla possibilità di essere attivi sul mercato avendo la disponibilità dei fattori di produzione, che, di per sé, non necessariamente sono indici di ricchezza, ma solo di idoneità a generarla²¹.

17. Così nella Costituzione di Weimar.

18. Così nello Statuto albertino.

19. Corte cost. n. 111/1997. V. anche Corte cost. n. 21/1996.

20. Corte cost. n. 465/1987.

21. Corte cost. n. 156/2001, con nota di G. MARONGIU, *Irap, lavoro autonomo e Corte costituzionale: le possibili conseguenze pratiche*, in *Diritto e pratica tributaria*, 4, 2001, 666 ss; L. CASTALDI, *Considerazioni a margine della sentenza n. 156 del 2001 della Corte costituzionale in materia di Irap*, in *Rassegna tributaria*, 3, 2002, 856 ss. V. anche Corte di

La copiosità della giurisprudenza costituzionale, rispetto anche alla difficoltà definitoria incontrata dalla dottrina, conferma l'impressione che il collegamento della capacità contributiva al presupposto rappresenta un'ampia valorizzazione della discrezionalità del legislatore, sempre rimarcata dalla stessa giurisprudenza: i rinvii e le sentenze sono stati numerosissimi, gli esiti in larga misura di rigetto delle questioni.

Fanno eccezione le sentenze che hanno dichiarato incostituzionali imposte applicate a un presupposto del tutto inidoneo a generare e moltiplicare un vantaggio economico, ancorché solo potenziale. Così, ad esempio, la pubblicità senza fini di lucro non può essere considerata un presupposto indicatore di capacità contributiva, e pertanto non le si può applicare l'imposta per le affissioni pubbliche e pubblicità affini, poiché manca la congruenza intrinseca tra l'evento e un vantaggio economico, trattandosi solo di una forma di manifestazione del pensiero, di propaganda ideologica effettuata non per uno scopo economico, dalla quale «non è dato ravvisare alcuna manifestazione di reddito o di spesa cui collegare l'imposizione stessa»²². Così anche quelle situazioni, sempre evocate ma mai utilizzate in maniera autonoma nei giudizi costituzionali, in cui pur in presenza di un presupposto esprime una forza economica, tale forza non sia sufficiente a garantire adeguate risorse, al netto dell'imposta, per il proprio mantenimento. Di tal che l'esenzione, oltre ad essere legittima, è «addirittura doverosa, perché il legislatore se può discrezionalmente stabilire, in riferimento a complesse valutazioni economiche e sociali, quale sia la misura minima al di sopra della quale sorge la capacità contributiva, non può non esentare dall'imposizione quei soggetti che percepiscono redditi tanto modesti da essere appena sufficienti a soddisfare i bisogni elementari della vita».²³

Per quanto rare, tali pronunce sono sufficienti a ritenere che la capacità contributiva possa e debba essere qualcosa di diverso dalla mera equità

giustizia 3 ottobre 2006, causa C-475/03, che ha dichiarato la compatibilità dell'Irap con il diritto europeo, con commenti di R. SCHIAVOLIN, *L'Irap non è un'imposta sulla "cifra d'affari" vietata dalla VI direttiva Iva*, in *Rassegna tributaria*, 1, 2007, 315 ss.; D. STEVANATO, R. LUPI, *Il caso Irap-Iva: la necessità del diritto tributario di riappropriarsi dei concetti economici alla base dell'imposizione fiscale*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 11, 2004, 1565 ss.

22. Corte cost. nn. 131/1973 e 89/1979. Parimenti, non è stato ritenuto legittimo il presupposto dell'anno di esazione dei contributi di miglioria speci ca per il calcolo della relativa addizionale, quando il suo ammontare sia riferito non al fatto vantaggioso individuale (la miglioria dell'immobile per effetto di un intervento pubblico di utilità generale) ma solo all'iscrizione a ruolo del rateo annuale del contributo di miglioria (Corte cost. n. 54/1980).

23. Corte cost. n. 97/1968.

fiscale, nonostante la difficoltà di rilevare tale capacità in senso assoluto e non solo in chiave distributiva, riconoscendo dunque all'art. 53 Cost. autonoma forza prescrittiva rispetto all'art. 3 Cost.²⁴.

Se così è, non si tratta di verificare se la politica e le scelte fiscali del legislatore siano sindacabili o no con riferimento all'art. 53 Cost., ma di comprendere quale grado di sindacabilità esse possano subire e come la Corte può arrivare a formulare il suo giudizio, nella consapevolezza di un salto logico di fondo, già segnalato, tra capacità contributiva e obblighi fiscali: la forza economica del soggetto passivo di imposta, se ai fini della costituzionalità della singola pretesa impositiva non può che essere valutata singolarmente, dal punto di vista della garanzia del soggetto medesimo a non vedersi depauperare oltre i limiti del ragionevole dovrebbe richiedere una valutazione d'insieme. È anche – sebbene non solo, come si dirà a breve – per questo che, al di là delle macroscopiche ipotesi di irrazionalità manifesta, come quelle date dall'assenza di indizi di attitudine a generare un vantaggio economico, che la discrezionalità del legislatore fiscale è sottratta a sindacato. Sfugge ad esso sia la quantificazione dell'imposta che la stessa attualità della capacità contributiva, pur così rilevante nel determinare la forza economica del soggetto “qui e ora” rispetto alla pretesa impositiva. È indicativo che la prima sentenza in cui la Corte ha utilizzato il parametro della capacità contributiva è una sentenza di rigetto della questione di incostituzionalità della retroattività di norme impositive²⁵, poi confermata in svariate successive pronunce. Ci sono imposte che sono riscosse legittimamente²⁶ in acconto al 100%, a volte anche più del 100% (Acconto Ires 2013 al 101%, Irap per enti creditizi finanziari e assicurazioni al 130% nel 2013, per gli altri al 102,5%). D'altro lato, sono molti i casi di imposizioni retroattive, senza che lo Statuto del contribuente, come noto, possa fungere da nulla più che da canone ermeneutico²⁷ e rispetto ai quali la Corte, per legittimarne il ricorso, non ha fatto riferimento solo alla brevità del tempo trascorso tra un fatto e la sua identificazione come presupposto, ma persino alla prevedibilità dell'imposta retroattiva derivante dal tenore del dibattito pubblico²⁸.

24. Quella dell'art. 53 come manifestazione dell'art. 3 Cost. è l'autorevole tesi di F. GALLO, *Le ragioni del fisco*, il Mulino, Bologna, 2007.

25. Corte cost. n. 120/1972.

26. Corte cost. n. 77/1967.

27. Corte cost. nn. 45/1964, 81/1958.

28. Corte cost. n. 315/1994.

Si diceva, non è solo lo scarto tra capacità contributiva quale attitudine globale al pagamento delle imposte e la necessaria verifica casistica sui singoli sacrifici imposti a rendere difficile il controllo costituzionale. Un altro elemento da tenere in considerazione per spiegare la cautela della Corte costituzionale nell'accogliere le questioni di incostituzionalità in materia tributaria è dato dalla considerazione degli effetti delle sue sentenze: la declaratoria di incostituzionalità delle leggi impositive crea, al pari delle sentenze additive sulle prestazioni sociali, dei problemi di bilancio.

Non sembra privo di fondamento pensare che la timidezza del giudice delle leggi dipenda anche dalla volontà di consentire al legislatore di recuperare il gettito che egli stima necessario, specie in periodi di crisi fiscale. Dal momento che il fenomeno tributario riguarda scelte decisionali fondamentali per la vita e lo sviluppo della collettività, il sindacato sui limiti alla pretesa fiscale può non tener conto solo «di una interpretazione “pura”, ideologicamente orientata, del sistema normativo, ma anche e soprattutto delle implicazioni pratiche che si possono produrre nell'ordinamento giuridico»²⁹, lasciando così al legislatore ampia discrezionalità a detrimento del valore prescrittivo delle clausole costituzionali. L'interesse fiscale alla riscossione, «costituzionalmente garantito dall'art. 53 della Costituzione»³⁰ quale «interesse particolarmente differenziato che, attenendo al regolare funzionamento dei servizi necessari alla vita della comunità, ne condiziona l'esistenza»³¹, se proprio non giustifica imposte arbitrarie, spiega tuttavia – per quanto implicitamente – non solo la cautela della Corte nel sindacare il merito delle imposte, ma anche l'accettazione di deroghe procedurali alle regole del diritto comune capaci di mettere in crisi, nella realtà concreta del diritto, il principio di capacità contributiva. Ne risultano ipotesi in cui l'equilibrio tra l'interesse dell'amministrazione fiscale e il diritto di difesa e contraddittorio del contribuente, dal punto di vista formale, e la sua capacità contributiva, da quello sostanziale, ha dato esiti alterni, non sempre lusinghieri delle ragioni del contribuente. Si pensi ad esempio al sistema delle presunzioni, per le quali, ancora una volta, il discrimine tra una prova legale rigorosa e una base fittizia all'imposizione fiscale resta la «palese arbitrarietà o irrazionalità», sfuggendo al sindacato di legittimità «la scelta dei meccanismi probatori che si ritengono maggiormente idonei a conseguire tale risultato»³².

29. P. BORIA, *L'interesse fiscale*, Giappichelli, Torino, 2002, 191.

30. Corte cost. n. 45/1963.

31. Corte cost. n. 50/1965, v. anche sentt. nn. 87/1962, 262/1983.

32. Corte cost. n. 103/1983.

4. *Tecniche di giudizio costituzionale della materia di tributaria: alcuni cenni*

Anche dalle fattispecie sommariamente ripercorse, si può desumere che la formula vaga della capacità contributiva, il criterio discrezionale di ripartizione dato dalla progressività e, infine, la non confrontabilità di grandezza del mezzo (le entrate) con il fine (la spesa), sono elementi che portano a considerare i precetti costituzionali del rapporto tributario sfuggenti a un sindacato serrato.

Autorevole dottrina, lo si ripete, ha con ciò concluso che l'art. 53 Cost. non sarebbe altro che la specificazione, in campo tributario, dell'art. 3 Cost. Tale ricostruzione porterebbe a ritenere che l'unico sindacato possibile sia quello di ragionevolezza.

Una volta ribadito che la disposizione costituzionale in materia di rapporto impositivo costituisce il naturale, «armonico e specifico sviluppo del principio di uguaglianza»³³, occorre però comprendere se e con quale tipo di argomentazione e tecnica di giudizio la Corte ha individuato ipotesi di illegittimità costituzionale che non troverebbero fondamento nel solo art. 3 Cost., ma che attengono alla coerenza interna del tributo, cosicché il tributo «non può essere mai fissato ad un livello superiore alla capacità contributiva dimostrata dall'atto o dal fatto economico»³⁴.

A ben vedere, le sentenze in materia tributaria si possono distinguere, dal punto di vista della tecnica di argomentazione e dei giudizi della Corte, in quattro categorie³⁵: quelle in cui il riferimento all'art. 53 Cost. potrebbe dirsi pleonastico, poiché la questione avrebbe potuto probabilmente accogliersi anche solo utilizzando come parametro l'art. 3 Cost., secondo il classico giudizio comparativo per cui «la discrezionalità legislativa trova sempre un limite nella ragionevolezza delle statuizioni che comportano disparità di trattamento tra i soggetti»³⁶; quelle, assai più limitate nel numero, in cui la Corte ha rigettato la questione di incostituzionalità pur di fronte a un trattamento diverso di situazioni equiparabili dal punto di vista della capacità contributiva³⁷; le decisioni che hanno richiamato una necessaria

33. Corte cost. n. 155/1963. V. Anche sentt. nn. 120/1972, 92/1963, 513/1990.

34. Corte cost. n. 104/1985.

35. Le prime tre categorie sono ricavate da G. MARONGIU, *I fondamenti costituzionali dell'imposizione tributaria*, Giappichelli, ITorino, 1995, I ed., e S. LA ROSA, *Costituzione. Corte costituzionale ed ordinamento tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1980, I, 233 ss.

36. Corte cost. n. 104/1985; v. anche sentt. nn. 42/1980, 179/1976, 176/1992, 154/1999, 328/2002, 345/2003, 270/2007.

37. Corte cost. n. 147/1975, ord. n. 453/2005.

coerenza tra le diverse ipotesi impositive e la *ratio* del tributo, al punto da censurare l'imposta per ingiustificata diversità di trattamento³⁸; e infine le decisioni che hanno rigettato la questione ritenendo diverse le fattispecie messe a confronto³⁹.

Queste ultime, stante l'imparagonabilità delle situazioni, sarebbero quelle che, in teoria, consentirebbero alla Corte di censurare la scelta impositiva del legislatore sulla base di una sua irrazionalità intrinseca, ma a ben vedere si tratta di occasioni di giudizio in cui la Corte si ferma sulla soglia di un'irragionevolezza o arbitrarietà manifesta in genere non contestata. L'orientamento costante, infatti, è nel senso che la discrezionalità impositiva ceda solo nel caso di «*assoluta* arbitrarietà o irrazionalità delle norme»⁴⁰, anche tenendo conto della durata temporanea del tributo⁴¹, rendendo difficile dunque accertare tale vizio, comunque si voglia condurre il giudizio di ragionevolezza.

Sia, infatti, che la Corte lo conduca con il metodo del *tertium comparationis*, sia che lo conduca come giudizio di proporzionalità che, infine, come giudizio di bilanciamento, essa sembra in realtà riconoscere una sorta di "presunzione" di legittimità delle scelte impositive, salvo il caso in cui il presupposto individuato dal legislatore non esprima alcuna potenzialità economica⁴². L'assoluta arbitrarietà o irragionevolezza, vuoi dell'imposta vuoi dell'agevolazione tributaria, paiono quindi delle formule iconiche a chiusura di giudizi caratterizzati da un elevato grado di *self restraint* della Corte. Peraltro, più il sistema fiscale si allontana dal modello di una *comprehensive income tax* o comunque da un sistema fiscale lineare, come nel caso italiano, più è difficile condurre un sindacato di questo tipo⁴³.

Anche nel caso in cui il giudizio di ragionevolezza sia condotto come un giudizio di proporzionalità, l'esito non è differente⁴⁴, in quanto tali ponderazioni sfociano nel riconoscimento, in campo tributario, di una sindacabilità delle scelte legislative confinata ad ipotesi di macroscopiche discriminazioni, come nel caso dell'assimilazione dei redditi da lavoro autonomo in redditi d'impresa⁴⁵. Tale giudizio di proporzionalità tra mezzi

38. Corte cost. nn. 155/1963, 69/1965, 403/2000, 102/2008, 223/2012, 142/2014.

39. Corte cost. nn. 103/1967, 292/1987, 289/1994, 111/2016, 120/2016.

40. Corte cost. nn. 144/1972, 14/1995. Corsivo aggiunto.

41. Corte cost. nn. 201/1975, 10/2015, ord. n. 341/2000.

42. Corte cost. nn. 103/1967, 120/1972, 131/1973, 167/1976, 89/1979, 54/1980, 103/1991. Sulla proporzionalità, v. sent. n. 173/2016.

43. Corte cost. n. 143/1992, ord. n. 146/1992.

44. Corte cost. n. 1130/1988.

45. Corte cost. nn. 42/1980, 102/2008.

e fini, specie negli ultimi anni, è stato reso ancor più difficile dal riconoscimento della situazione di emergenza finanziaria, poiché la giurisprudenza costituzionale ha fatto di tale situazione un elemento ulteriore di giudizio della proporzionalità della misura adottata e del sacrificio fiscale richiesto. Così, ad esempio, il noto prelievo del sei per mille previsto per l'anno 1992 sui depositi bancari e postali è stato considerato non irragionevole, anche per il contesto di misure finanziarie in cui si inseriva e per i caratteri eccezionali e episodici del prelievo⁴⁶. Al contrario, la Consulta ha ritenuto che l'addizionale all'imposta sul reddito delle società operanti nel settore della commercializzazione degli idrocarburi che avessero conseguito ricavi superiori a 25 milioni di euro nel periodo di imposta precedente – meglio nota come Robin Tax – violasse il principio di uguaglianza tributaria “verticale”, ossia determinasse una discriminazione qualitativa dei redditi sottoposti a tassazione non adeguatamente giustificata. A tale conclusione la Corte è giunta non solo perché la base imponibile era costituita dall'intero reddito, anziché dai sovraprofiti, ma anche perché «non essendo in alcun modo circoscritta a uno o più periodi di imposta, ha un carattere permanente, anziché contingente, e non risulta ancorata al permanere della situazione congiunturale, che tuttavia è adottata come sua ragione»⁴⁷.

Nemmeno un sindacato di ragionevolezza inteso come bilanciamento di diritti e valori sembra poter esprimere la piena operatività dei limiti alla pretesa fiscale. D'altro canto, nell'ambito di una giurisprudenza costituzionale che ha fin da subito dichiarato che assicurare l'adempimento dell'obbligo tributario e il rispetto del principio di progressività delle imposte è uno dei fini sociali che possono limitare il diritto di proprietà⁴⁸ e di iniziativa economica privata⁴⁹, e che d'altra parte ha necessariamente trattato i diritti economici, stante l'evidente tenore letterale della Costituzione, come diritti non inviolabili, risulta coerente una soccombenza di questi di fronte alle ragioni fiscali e al dovere inderogabile di solidarietà che le presuppone.

Dalla giurisprudenza della Corte emerge quindi una debole resistenza alle ragioni del fisco anche nei giudizi che utilizzano il criterio di equità fiscale, dovuta in buona misura alla mancanza di «mezzi adeguati per contrastare la tendenza del sistema a scivolare fuori dal modello»⁵⁰.

46. Corte cost. n. 143/1995.

47. Corte cost. n. 10/2015.

48. Corte cost. n. 129/1957.

49. Corte cost. n. 209/1976.

50. G. BOGNETTI, *Costituzione economica e corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1983, 252.

Ciò non esclude, tuttavia, che il rapporto tributario possa trovare (nuovi) limiti e garanzie non già guardando all'art. 53 Cost., ma al novellato art. 81 Cost. Il nuovo testo, infatti, fornisce alcuni spunti di riflessione e argomentazione sulla pretesa fiscale e sulle esigenze di una razionalizzazione della spesa pubblica, spesa che è in fin dei conti il motivo per cui si pagano le imposte.

La costituzionalizzazione di un vincolo formale di saldo può aver riportato le scelte di bilancio da una «*prospettiva discrezionale* in cui il saldo del bilancio pubblico, e quindi il finanziamento delle decisioni di spesa, viene affidato all'arbitrio delle autorità», a una «*prospettiva costituzionale*»⁵¹. Certo, essa non può essere considerata, dal punto di vista dei limiti alla pretesa fiscale, nulla più che una direttiva. Resta però che il nuovo art. 81 Cost. nega l'indiscutibilità della spesa. Senza pretendere che ciò si traduca in uno strumento di diretto sindacato e quindi di contenimento dell'imposizione fiscale, al quale pur forse si potrebbe arrivare tramite la possibilità della Corte dei conti di adire la Corte in occasione del controllo preventivo di regolamenti attuativi della legge di bilancio, tale articolo potrà però costituire una linea d'orizzonte anche per l'interpretazione della capacità contributiva, attuale e futura, in un senso meno lasco di quanto sia stato finora. Si consideri, peraltro, che, specie dopo l'ultima crisi economica, la Corte sembra mostrare un'attenzione crescente alle esigenze di bilancio, ritenendo legittimi risparmi di spesa consistenti ad esempio nel blocco delle progressioni automatiche agli stipendi e delle procedure di rinnovo della contrattazione collettiva, date le «notorie esigenze di contenimento della spesa pubblica» e il carattere «transeunte, non arbitrario, consentaneo allo scopo prefissato nonché temporalmente limitato dei sacrifici richiesti»⁵². Stessa attenzione si ricava, specularmente, dalla controversa vicenda della perequazione automatica per i trattamenti pensionistici, ritenuta una prima volta irragionevole per applicarsi anche a trattamenti non particolarmente elevati⁵³, e poi legittima, una volta rimodulata nell'applicazione delle percentuali di perequazione e della soglia esente dal blocco, in quanto considerata conforme ai «valori costituzionali della proporzionalità e dell'adeguatezza dei trattamenti di quiescenza»⁵⁴.

51. A. MARTINO, *Noi e il fisco*, Studio Tesi, Pordenone, 1987, 152.

52. Corte cost. n. 310/2013, v. anche sentt. nn. 154/2014, 219/2014, 178/2015, ord. n. 113/2014.

53. Corte cost. n. 70/2015.

54. Corte cost. nn. 173/2016, 116/2013.

Cogliere nei risparmi di spesa l'indicazione di un più corretto equilibrio di bilancio, anche in ottica intergenerazionale⁵⁵, potrebbe servire a rivitalizzare un legame tra spesa e imposizione che pure, specie agli albori dello Stato di diritto, era stato ampiamente sottolineato dalla scienza delle finanze.

55. Corte cost. nn. 88/2014, 173/2016, 6/2017, 18/2019.

Argomenti tradizionali e contemporanei nella giurisprudenza costituzionale in materia tributaria

SOMMARIO: 1. L'uso argomentativo tradizionale: sintesi dei capisaldi. – 2. L'uso argomentativo contemporaneo: individuazione di alcune tendenze.

1. *L'uso argomentativo tradizionale: sintesi dei capisaldi*

Nella giurisprudenza costituzionale si può rinvenire un filone interpretativo, consolidato nel corso dei primi decenni di vita della Corte, che sopravvive ancora oggi e trova riscontro in numerose decisioni.

Questa tendenza è rassicurante per la sua prevedibilità: a fronte di formulazioni tradizionali dell'ordinanza di rimessione, si può prevedere con precisione quasi millimetrica quale sarà la decisione della Corte.

I capisaldi di questo uso argomentativo sono:

- (a) il richiamo ossessivo alla discrezionalità del legislatore;
- (b) il frequente asservimento dell'art. 53 Cost. all'art. 3 Cost.;
- (c) l'evocazione della specialità della materia come elemento di giustificazione.

Si procede ad una breve chiosa dei tre elementi ora individuati.

(a) Il richiamo ossessivo alla discrezionalità del legislatore.

La legislazione fiscale attiene in larga parte a scelte distributive che costituiscono un necessario *proprium* della politica fiscale e quindi della discrezionalità politica: esprimono un ambito di espressione del potere legislativo (e delle contingenti maggioranze politiche che si alternano nell'esercizio di questo potere) che non deve essere intaccato in nessun modo. Solo conservando quest'area di espressione politica si può mantenere in equilibrio un sistema democratico moderno, quale quello emergente dalla Costituzione repubblicana.

Su queste affermazioni vi è un largo consenso teorico, dipendendo dall'assetto base della Costituzione italiana, e non sembrano criticabili.

Appoggiandosi su questo consenso, la Corte ha, però, compiuto un'espansione notevole del principio, ben al di là di quanto sarebbe necessario per preservare gli equilibri istituzionali, conferendo un potere quasi illimitato al legislatore nelle scelte di delimitazione del presupposto di imposta.

Infatti, la Corte, dopo avere affermato l'ampia libertà del legislatore nella scelta dei fatti indice (proposizione su cui vi è convergenza quasi unanime), attrae in questa area anche le scelte successive compiute dal legislatore: i metodi di calcolo della base imponibile, la delimitazione degli elementi sottrattivi, i criteri di imputazione soggettiva.

Viene così abbandonato ogni tentativo di valutazione costituzionale della costruzione razionale del tributo: il legislatore non sembra vincolato ad un rispetto di razionalità interna nel disegno normativo, ma pare posto in condizione di potere scegliere arbitrariamente, in ogni segmento normativo, qualsiasi oggetto, senza dover raggiungere una razionalità interna del tributo istituito.

Espressive di questa linea di tendenza, sono le due notissime decisioni 111/1997¹ e 156/2001², in materia di I.c.i. e I.r.a.p.

Entrambe le sentenze prendono in esame tributi che, nel momento in cui erano portati all'attenzione della Corte, presentavano una assai discutibile configurazione interna (nella relazione tra *ratio*, presupposto, metodo di determinazione della base imponibile). In entrambe le decisioni, una parte forte del percorso argomentativo è data dal richiamo al necessario rispetto della discrezionalità del legislatore, fatto salvo il limite della "non

1. Corte cost. 22/4/1997, n. 111: «La prima censura, investendo i criteri secondo i quali risultano definite dalla legge le situazioni significative di capacità contributiva, induce a rammentare l'ampia discrezionalità riservata al legislatore in relazione alle varie finalità cui, di volta in volta, si ispira l'attività di imposizione fiscale. Tale discrezionalità, come la Corte ha costantemente affermato, consente al legislatore stesso, sia pure con il limite della non arbitrarietà, di determinare i singoli fatti espressivi della capacità contributiva che, quale idoneità del soggetto all'obbligazione di imposta, può essere desunta da qualsiasi indice rivelatore di ricchezza (reddito, consumo, patrimonio nella sua oggettività ovvero nel momento specifico del suo incremento, ecc.)».

2. Corte cost. 21/5/2001, n. 156: «È costante nella giurisprudenza di questa Corte l'affermazione secondo la quale rientra nella discrezionalità del legislatore, con il solo limite della non arbitrarietà, la determinazione dei singoli fatti espressivi della capacità contributiva che, quale idoneità del soggetto all'obbligazione di imposta, può essere desunta da qualsiasi indice che sia rivelatore di ricchezza e non solamente dal reddito individuale».

arbitrarietà” e dalla sussunzione dentro questa linea argomentativa anche delle critiche relative al costruito interno del tributo.

La Corte, in questo percorso, dimostra un timore quasi sacrale rispetto alla possibilità di valutare i nessi e la coerenza dei tributi, tanto dal punto di vista dei legami esterni (con altri tributi) quanto, ancora più, dei criteri logici interni del tributo.

Ciò comporta un’espansione quasi illimitata del potere legislativo in ambito tributario. Come anticipato sopra, rinunciare all’esame della coerenza interna significa astenersi *in toto* da un giudizio di razionalità del tributo. Una volta che il legislatore abbia selezionato uno degli indici di capacità contributiva (estesi ed ambigui, nel loro elenco fatto proprio dalla Corte)³, si eclissa la possibilità di una valutazione del meccanismo proprio del tributo preso in esame⁴.

Adoperando questo argomento, quindi, la Corte ha conferito al legislatore una delega senza confini di *drafting* normativo: qualsiasi configurazione del tributo è sottratta a controllo.

Per inciso, merita notare come, nell’argomentare della Corte, si raffiguri un equilibrio tra la discrezionalità legislativa e la promessa di un vaglio di questa, nel caso di superamento del limite della arbitrarietà.

Questa promessa è ampiamente delusa: non si conoscono sentenze della Corte in cui parte forte dell’argomentazione che conduce all’incostituzionalità di un tributo sia l’aver ravvisato il superamento del limite. Il che significa, in alternativa: o che il legislatore tributario, in quasi sessantacinque anni di funzionamento della Corte, si è sempre regolato diligentemente, o che il limite in questione è mero artificio retorico.

(b) Il frequente asservimento dell’art. 53 Cost. all’art. 3 Cost.

Il secondo elemento fondativo della linea tradizionale ha a che fare con uno dei più clamorosi scollamenti tra dottrina e giurisprudenza in materia tributaria, ossia con l’attuazione giurisprudenziale di un asservimento dogmatico (e funzionale) dell’art. 53 Cost. all’art. 3 Cost.

3. Anche in dottrina abbiamo avuto uno spostamento, verso posizioni interpretative più sfumate, tra cui quelle di c.d. “limite relativo”, che legittimano l’imposizione di fatti più ampi e diversi di quelli individuati in precedenza dalla Corte e dalla dottrina che sarà citata alle note successive: per una ricostruzione di queste tendenze cfr. MELIS, voce *Capacità contributiva*, in *Dig. VII agg.*, Torino, 2017, § 3 e STEVANATO, *La giustificazione sociale dell’imposta*, Bologna, 2014.

4. Come ben dimostrato dalle decisioni in tema di discrezionalità del legislatore nell’inclusione o meno nella base imponibile della svalutazione monetaria, tra cui Corte cost. 22/7/1999, n. 346.

Nell'arco di poco più di dieci anni del XX secolo, compresi tra l'inizio degli anni '60 e l'inizio degli anni '70, sono state pubblicate diverse monografie dedicate al concetto di capacità contributiva: opere tese a delimitare l'ambito interpretativo, tra l'altro, dell'art. 53⁵. Queste monografie costituiscono un *corpus* assai autorevole e fittamente citato in dottrina⁶.

Il tratto comune di questa produzione dottrinale è il tentativo di attribuire un'area applicativa apprezzabile all'art. 53 Cost.: dal principio di capacità contributiva (e dalla sua tendenziale autonomia valoriale rispetto a quanto desumibile dall'art. 3 Cost.) si desumono limiti e vincoli all'attività legislativa, scrutinabili da parte della Corte⁷.

Questa petizione è stata completamente disattesa dalla Corte.

Per un uso dell'art. 53 Cost., indipendente dall'art. 3 e a questo non servente, ci si deve richiamare ad una manciata di decisioni, tra cui le più notevoli sembrano quelle in materia di imposta sulla pubblicità e sulle pubbliche affissioni (pur con i distinguo che si specificano nella nota)⁸,

5. Si fa riferimento ai fondanti contributi monografici di: GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Milano, 1961; MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965; GAFFURI, *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1969. MAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970; MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973. Tra gli altri studi che esprimono la linea di tendenza tradizionale o che sistematizzano il percorso dottrinale standard si segnalano, *ex multis*, DE MITA, voce *Capacità contributiva*, in *Dig. comm.*, Torino, 1995, 454 ss.; MARONGIU, *I fondamenti costituzionali dell'imposizione tributaria*, Torino, 1995; ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996.

6. Da un'osservazione empirica emerge che qualunque contributo dottrinale in materia di Costituzione fiscale finisce con il citare almeno una di queste opere (se non tutte). Compreso questo articolo.

7. In questa prospettiva anche chi, come Maffezzoni, proponeva letture incentrate sul principio del beneficio, si collocava comunque in una lettura ermeneutica "forte" (ossia di significato vincolante) della disposizione costituzionale.

8. Corte cost. 28/6/1973, n. 131 e Corte cost. 12/7/1979, n. 89, in materia di propaganda ideologica senza fine di lucro ed imposta di pubblicità. Merita rimarcare come la sentenza 131/1973 abbia una parte motivazionale quasi assente («Nella specie la norma denunciata colpisce anche quelle forme di propaganda meramente ideologica effettuata, senza fini di lucro, a cura diretta dell'interessato, come l' esporre un cartello, o il distribuire personalmente manifestini, nelle quali non è dato ravvisare alcuna manifestazione di reddito o di spesa che giustifichi l'imposizione stessa. Sussiste pertanto il prospettato contrasto con gli artt. 21 e 53, primo comma, della Costituzione»), indice di una certa difficoltà nell'uso degli argomenti basati sull'art. 53 Cost. Per altro verso, la sentenza 89/1979 può addirittura essere riportata alla tendenza che vede la prevalenza dell'art. 3: «È da ritenere, sul piano razionale, che anche la propaganda ideologica effettuata mediante circolazione di persone con automobile e senza fini di lucro non sia di per sé manifestazione di un reddito o di

co-obbligazione nell'imposta di registro (e anche in questo caso, in nota si enuncia un *caveat*)⁹, presunzione di ripetibilità del reddito¹⁰.

La Corte, per smarcarsi dal pensiero predominante in dottrina, non ha affrontato una faticosa battaglia sulla precettività dell'art. 53: ne ha semplicemente ridotto il campo interpretativo, confinandolo comodamente in un angolo di inutilità.

Questo percorso è stato realizzato lungo due direttrici.

La più rilevante è questa: se la questione di legittimità costituzionale si può risolvere in un giudizio di ragionevolezza, il trascolorare dell'art. 53 e l'emersione dell'art. 3 appaiono fenomeni naturali¹¹. Se si guarda a quella dottrina fondativa citata sopra alla nota 5, si scorge chiaramente come buona parte dei vincoli al legislatore che vengono individuati in dottrina possono essere riportati a giudizi di ragionevolezza "special-tributaria": intravista questa via d'uscita, la Corte ne ha immediatamente approfittato, fuggendo da un reticolo costringitivo che non è mai stato assimilato (e anzi era probabilmente visto come un pericolo).

La seconda linea di erosione del ruolo dell'art. 53 Cost. dipende dalle ordinanze di rimessione: i giudici *a quibus* hanno preso atto, negli anni, di come la valutazione della razionalità interna del tributo venisse frustrata dalla Corte (nel solco di quanto descritto poco sopra), preferendo quindi virare su ordinanze prevalentemente comparative¹². Si è innescato un

una spesa che giustifichi l'imposizione del tributo per pubblicità. Deve quindi dichiararsi, per simiglianza di situazioni giuridicamente rilevanti ai termini dell'art. 3, primo comma, Cost., l'illegittimità dell'art. 12 (tariffe per la pubblicità effettuata con veicoli in genere) dello stesso d.P.R. citato, in riferimento agli articoli della Costituzione sopra menzionati».

9. Corte cost. 22/6/1972, n. 120, dove, per vero, la prima delle questioni poste alla Corte viene risolta con questo *incipit*: «Il precetto enunciato nell'art. 53, primo comma, della Costituzione, per cui tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche, in ragione della loro capacità contributiva, va interpretato quale specificazione del generale principio di uguaglianza».

10. Corte cost. 15/7/1976, n. 200.

11. Per esempio, come avviene in Corte cost. 25/2/1999, n. 41, in materia di presunzione di liberalità per i trasferimenti immobiliari tra coniugi.

12. Sul modello di quanto si registra, tra le prime decisioni, con la sentenza Corte cost. 23/6/1965, n. 69 (comparazione tra i metodi di valutazione); tra le decisioni recenti, espressione della tendenza recente ad impostare le ordinanze di rimessione su un modello di comparazione tra regimi fiscali si veda l'amplissimo filone in materia di agevolazioni (dove, naturalmente, l'impostazione non può che essere di estensione comparativa), tra cui Corte cost. 20/5/2016, n. 111; Corte cost. 13/12/2017, n. 264 (versamento a fondo perduto o in conto capitale erogati dai soci); Corte cost. 5/4/2018, n. 111 (immobili vincolati); cui *adde*, al di fuori dell'ambiente agevolativo: Corte cost. 5/7/2017, n. 177 (imposta di registro in misura proporzionale, invece che in misura fissa, su atti relativi a crediti assoggettati ad I.v.a.); Corte cost. 24/4/2015, n. 66 (cessione di energia elettrica da fonti rinnovabili agrofo-

circolo vizioso, chiaramente percepibile da diversi decenni, che conduce il giudice di merito (ma anche la Corte di cassazione) a ritenere che sollevare una questione di legittimità costituzionale fondata prevalentemente sull'art. 53 Cost. non sia altro che uno spreco di energie interpretative, destinato ad un necessario fallimento.

Se, quindi, si deve svelare l'assetto fondamentale della giurisprudenza costituzionale quanto ai rapporti tra gli articoli 3 e 53, si deve ammettere che: (1) l'art. 53 non ha un ruolo centrale nel vaglio di costituzionalità dei tributi e (2) l'art. 3 ha un ruolo forte di indirizzo e guida nei percorsi argomentativi, percorsi su cui l'art. 53 si trascina stancamente e senza incidere sulla direzione della decisione¹³.

(c) Levocazione della specialità della materia come elemento di giustificazione.

Il terzo caposaldo che contribuisce a definire la linea tradizionale è dato dall'affermazione della specialità della materia.

Ricorre, nel pensiero della Corte, l'idea della materia tributaria come di un'area particolarmente complessa: deviazioni rispetto ad un modello di diritto "comune" sono quindi giustificate, anche facendo riferimento alla ambigua figura dell'interesse fiscale¹⁴.

La specialità della materia porta la Corte ad affermare che sono pienamente legittimate divergenze, rispetto ad un modello *standard*, in materia di procedimento¹⁵, di processo¹⁶, di tutela del credito erariale¹⁷.

restali e fotovoltaiche effettuate dagli imprenditori agricoli, con molti punti argomentativi vicini al ragionamento agevolativo).

13. Cfr., per esempio, Corte cost. 28/5/2014, n. 142 (imposizione dei compensi dei membri delle commissioni tributarie); Corte cost. 6/10/2014, n. 228 (presunzione prelevamenti bancari); tra le sentenze più note vds. Corte cost. 14/7/1976, n. 179, dove l'art. 53 Cost. viene evocato solo dopo la soluzione della questione alla luce degli artt. 3, 29 e 31 (punto 7 della sentenza).

14. Su cui, tra le decisioni fondanti, vds. Corte cost. 16/6/1965, n. 50, ove "l'interesse fiscale riceve nella Costituzione una sua particolare tutela (artt. 53 e 14, secondo comma); in modo che, al contrario di quanto mostra di credere la parte privata, esso si configura, non come uno degli interessi indistinti che sono affidati alla cura dell'amministrazione statale, ma come un interesse particolarmente differenziato che, attenendo al regolare funzionamento dei servizi necessari alla vita della comunità, ne condiziona l'esistenza", passo in cui – dal punto di vista retorico – ritroviamo tutto quanto è utile: il suggerimento di una differenza e l'idea di una necessità pressante.

15. Corte cost. 5/7/1973, n. 109.

16. Corte cost. 21/1/2000, n. 18 in materia di divieto di prova testimoniale.

17. Sulla tutela del credito erariale e sulla sua diversità: Corte cost. 26/4/2018, n. 90 (responsabilità della società beneficiaria in caso di scissione parziale).

In una prospettiva quasi-nichilista, questo tassello completa il quadro argomentativo adottato dalla Corte: chiusa la possibilità di valutazione interna degli istituti¹⁸ e deviato l'ambito d'analisi dall'art. 53 all'art. 3, l'epilogo atteso è quello che porta a limitare l'area di applicazione dell'art. 3 stesso, tramite l'artificio della specialità.

2. *L'uso argomentativo contemporaneo: individuazione di alcune tendenze*

A fronte delle tendenze sostanzialmente restrittive individuate al paragrafo precedente, si è sviluppata negli ultimi anni una nuova linea interpretativa, che ha diverse manifestazioni.

In questo paragrafo si tratteggiano quattro di queste tendenze argomentative: (1) la teoria dell'emergenza; (2) l'exasperazione del conflitto fiscale; (3) il richiamo all'uso (dis)incentivante del tributo; (4) la valutazione palese degli effetti della sentenza.

(1) La teoria dell'emergenza finanziaria (costante).

Il primo argomento che compare con una certa forza persuasiva si può riportare ad uno schema ben noto al giurista, ossia quello della giustificazione della legislazione emergenziale.

In diversi ambiti ordinamentali si è sostenuto che, a fronte di un assetto ordinario (che comporta un certo insieme di garanzie), si possano configurare momenti isolati nei quali, per un particolare contesto di circostanze, il legislatore può deviare dalle garanzie *standard*. L'emergenza giustifica una specialità nei trattamenti, normalmente deteriori rispetto a quelli ordinari.

Nell'esperienza giuridica degli ultimi decenni, lo schema è stato applicato copiosamente (e, a volte, inopportuno) in molti ordinamenti, con l'apparente giustificazione della lotta al terrorismo.

In ambito finanziario, nel XX secolo il tema ha assunto le forme della finanza straordinaria bellica (intesa sia come finanza di guerra che come finanza della ricostruzione)¹⁹. La guerra costituisce una di quelle deviazioni potenti degli assetti produttivi che giustificano una diversa ripartizione

18. Come descritta sopra, in questo paragrafo, al punto (a).

19. Non è un caso che le uniche forme di imposizione patrimoniale generale nell'ordinamento italiano siano ricollegate alla finanza bellica: MARELLO, *Contributo allo studio delle imposte sul patrimonio*, Milano, 2006.

dei carichi e, quindi, un diverso equilibrio distributivo, dotato di una propria specificità.

Alla misura emergenziale consegue un vaglio di costituzionalità attenuato, rispetto a quello che si attenderebbe dinanzi ad una misura ordinaria.

Questa attenuazione discende in maniera quasi geometrica dalla premessa: se in un giudizio contestuale (se si vuole: di bilanciamento) una certa misura finanziaria viene collocata in un quadro che viene definito come straordinario, ne discende che la razionalità di questa misura sarà ricollegata al fine straordinario e quindi avrà un ambito di azione (e di giustificazione) molto più ampio di una misura ordinaria.

Alla teoria dell'emergenza, si unisce un profilo ulteriore, logicamente autonomo, costituito dalla valutazione delle misure *una-tantum*.

La misura finanziaria *una-tantum* non è necessariamente ricollegata ad un contesto straordinario: è vero che buona parte delle misure di finanza straordinaria sono *una-tantum*, ma non è vero l'inverso ossia che tutte le misure *una-tantum* siano ricollegate a contesti di emergenza finanziaria: la correlazione, insomma, non è univoca.

Puntualizzato questo profilo, va rilevato che la Corte attua da molti decenni un vaglio attenuato sulle misure *una-tantum*, indipendentemente dalla considerazione del contesto complessivo²⁰: una misura *una-tantum* può rivestire requisiti "inferiori" di ragionevolezza. Il che, per inciso, è conclusione assai opinabile: la ripetibilità della misura (*una-tantum* c. plurima) esprime solo l'estensione dell'equità o dell'iniquità; detto con altre parole, la ripetibilità della misura esprime solo l'estensione dell'ingiustizia ed è giudizio quantitativo; trascolorare la quantità in qualità, come fa la Corte, è operazione logicamente criticabile.

Qui si vuole mettere in evidenza come l'argomento dell'emergenza finanziaria abbia trovato un acceleratore nella precedente giurisprudenza in materia di imposizione *una-tantum*. Dal punto di vista dell'analisi della giurisprudenza in materia tributaria, possiamo notare la fusione di questi argomenti con la sentenza 21/1996²¹, che compone il contesto straordina-

20. Corte cost. 23/5/1985, n. 159, in materia di sovrimposta comunale sui fabbricati; Corte cost. 4/5/1995, n. 143, in materia di imposta straordinaria sui depositi bancari: «si deve considerare che il tributo in esame è un'imposta straordinaria».

21. Corte cost. 5/2/1996, n. 21 in materia di I.s.i., ove: «l'imposta straordinaria sugli immobili costituisce un tributo la cui istituzione, come emerge dai lavori parlamentari, aveva il fine di reperire mezzi per il bilancio dello Stato in una situazione economica del Paese che appariva di notevole gravità, esigendo dai cittadini sacrifici straordinari – peraltro limitati ad un solo anno – sicché sono proprio tali caratteri a consentire, secondo

rio con la limitazione temporale della misura e che, quindi, costituisce la *landmark decision* di questo orientamento argomentativo.

Il campione dell'utilizzo dell'emergenza finanziaria è dato dalla ben nota sentenza sulla c.d. Robin Hood Tax²²: nel giustificare l'utilizzo del decreto legge, la Corte evoca "la notoria situazione di emergenza economica" (punto 5 della sentenza); dopo poche pagine la Corte, nel valutare la razionalità del tributo, tratteggia l'esistenza di "esigenze finanziarie eccezionali dello Stato" (punto 6.4) che, poco dopo, diventano una "complessa congiuntura economica" e una "grave crisi economica" (punto 6.5): questi elementi sono nodali nell'orientare il giudizio della Corte e nel far ritenere astrattamente giustificato il tributo differenziale.

Si può quindi dire che, anche in ambito tributario, la crisi non è più solo elemento di contestualizzazione della giurisprudenza della Corte²³, ma è divenuta uno dei valori che concorrono al giudizio di bilanciamento. Questo è particolarmente rilevante -più che in altri settori- perché il tributo è misura finanziaria: se calato a forza in un contesto finanziario "di crisi", si dissolve ogni possibilità di un controllo razionale della misura (perché mancano altri elementi di bilanciamento). Se, poi, questa emergenza non ha la limitazione temporale propria delle catastrofi, ma diviene una costante del tempo ordinario, della durata di decenni, si comprende come questa linea costituisca una quasi illimitata apertura di credito nei confronti del legislatore tributario.

(2) *L'aspezzazione del conflitto fiscale.*

Una linea continua nella giurisprudenza del XX secolo è quella tesa a delimitare la necessità e la ragionevolezza della differenziazione di carico fiscale tra diverse tipologie di reddito.

un canone di giudizio altre volte seguito (sentenze n. 143 del 1995 e n. 159 del 1985), di escludere la violazione degli invocati principi costituzionali». Alla sentenza 21/1996 è seguita l'ordinanza Corte cost. 24/7/2000, n. 341, dove si rileva sia la straordinarietà della misura (contributo straordinario per l'Europa) sia l'essere questa misura ricollegata alla «deficitaria situazione finanziaria in Italia». Come precedente extra-tributario si può invece ricordare la sentenza Corte cost. 1/7/1993, n. 296 ove «tale norma eccezionale, dettata dall'emergenza economica...»

22. Corte cost. 11/2/2015, n. 10.

23. Cfr. BENVENUTI, *La Corte costituzionale*, in ANGELINI - BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, 2012, 388 e 406, dove si nota che, nella giurisprudenza tradizionale della Corte, la crisi è solo un elemento di relativizzazione, mentre la tendenza più recente è quella che porta la crisi a divenire uno dei poli del bilanciamento.

In particolare, sull'opposizione tra redditi di capitale e redditi di lavoro si è giocata un'importante porzione delle decisioni più note (da quella sull'I.l.o.r. a quella sull'I.r.a.p.). Questa tendenza era un derivato di un tema ingombrante e concettualmente complesso, ossia della discriminazione qualitativa dei redditi, con tutto il connesso substrato politico-sociale novecentesco dell'opposizione tra capitale e lavoro²⁴.

Rispetto a questa tendenza, si assiste negli ultimi tempi ad un'evoluzione, con un'esaltazione del conflitto valoriale che dall'oggetto (il tipo di reddito, o il tipo di fattore produttivo) si muove, abbastanza apertamente, verso il soggetto.

Si individuano taluni soggetti (o gruppi di soggetti) che -per la loro azione- meritano un trattamento fiscale deteriore, peggiorativo rispetto allo standard. Si delinea sempre più netta l'idea che esistano dei "colpevoli fiscali" della crisi finanziaria (vista sopra), o comunque degli "anomali e quindi colpevoli" rispetto ai canoni etici ed economici, soggetti capaci di realizzare profitti peculiari, sfruttando imperfezioni del mercato o vantaggi oligopolistici, magari a detrimento della popolazione²⁵.

La percezione di uno spostamento rilevante di ricchezza nella società (interpretato da molti come crisi del capitalismo tradizionale) ha condotto una parte dell'elettorato a credere sempre più fermamente che esistano alcuni soggetti che costituiscono un ostacolo ad uno sviluppo più equo. La questione non è più quella di intercettare le nuove forme di ricchezza, ma di immolare una vittima sacrificale sul rogo tributario che dovrebbe portarci al di fuori di un percepito malessere economico.

È ovvio che questo argomento riflette misure legislative che rispondono alla stessa logica²⁶: ciò che qui merita mettere in luce è che la suggestione legislativa trova conforto nell'argomentare della Corte.

24. Inutile riportare la sterminata bibliografia sul punto. Tra gli scritti recenti che hanno affrontato il tema nella prospettiva di questo lavoro, sembrano di particolare interesse: GIOVANNINI, *Equità impositiva e progressività*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, I, 675 ss.; MARCHESELLI, *Equilibrio di bilancio e giustizia costituzionale - capacità contributiva e pareggio di bilancio: una ponderazione che non convince*, in *Giur. it.*, 2015, 1324 ss. e STEVANATO, *La giustificazione sociale dell'imposta*, cit.

25. Non mi paiono riportabili a questo assetto di disvalore i casi in cui la Corte giustifica un tributo selettivo, considerando che l'azione di un certo soggetto è causa primaria di una spesa (come in Corte cost. 14/12/2017, n. 269, in materia di contributi versati per il funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato): nel testo si vuole mettere in luce come la Corte giustifichi trattamenti differenziali che *non* sono ricollegati a specifiche azioni statali, ma all'incidenza dell'azione del contribuente su un contesto generale extra-fiscale.

26. Come evidente nel caso della RHT.

Questo filone è concettualmente fecondissimo, perché tocca almeno due profili di grande interesse teorico, che qui si accennano e che meriteranno un approfondimento apposito in successivi studi.

In primo luogo, viene esaltata la concezione di “normalità” (in questa prospettiva, economica), su cui si poggia ogni identificazione di un “colpevole” (in quanto anormale). Ciò implica l'accettazione di non pochi presupposti concernenti: l'individuazione del modello di normalità, la legittimità di una tale definizione dirigitista da parte di un organo istituzionale (Parlamento, Corte), la delimitazione dell'anomalia, l'apposizione di un crisma di negatività sulla difformità (che diventa, appunto, anomalia da biasimare, reprimere, sanzionare economicamente).

In secondo luogo, evoca la possibilità di un nesso di causalità tra la crisi e l'azione del colpevole, operazione certamente tanto più labile quanto più l'evento (la crisi) è un evento generale, probabilmente causato da una pluralità di fattori dei quali non necessariamente l'azione del “colpevole” è il più rilevante.

Gli esempi più vividi di questo orientamento sono:

- la sentenza 201/2014²⁷, nella quale il settore finanziario è chiaramente individuato come uno dei principali colpevoli della crisi economica;
- la sentenza 10/2015 (c.d. Robin Hood Tax, citata sopra alla nota 22), nella quale si teorizza la ragionevolezza di un trattamento deteriore

27. Corte cost. 16/7/2014, n. 201, in materia di prelievo addizionale sui bonus del settore finanziario: «... emerge chiaramente la ragione che ha indotto il legislatore a prevedere il prelievo addizionale di cui alla disposizione censurata, ossia l'intento – coerente con il coevo atteggiamento manifestatosi a livello internazionale – di scoraggiare modalità remunerative variabili considerate pericolose per la stabilità finanziaria. La norma, infatti, inasprando il prelievo fiscale, rappresenta un disincentivo per le prassi retributive che possono avere l'effetto di condurre all'assunzione di rischi eccessivi di breve termine da parte della categoria di contribuenti sottoposta al prelievo. Questi ultimi, in ragione del tasso di professionalità, della autonomia operativa, del potere decisionale di cui godono e dell'aspirazione a maggiori guadagni personali (per il legame tra l'andamento del titolo da un lato ed il riconoscimento e l'ammontare del beneficio correlato a dette forme di compenso dall'altro), sono in grado di porre in essere attività speculative suscettibili di pregiudicare la stabilità finanziaria. Un rischio di questo genere non ricorre per l'attività degli altri contribuenti che vengono retribuiti in modo analogo ma non hanno la stessa possibilità di incidere, con il loro operato, sulla stabilità dei mercati finanziari. Pertanto, da un lato, la scelta disincentivante del legislatore è tutt'altro che irragionevole o arbitraria e, dall'altro, non è ingiustificata la limitazione al solo “settore finanziario” della platea dei soggetti passivi sottoposti al prelievo addizionale».

per il settore dell'energia, perché caratterizzato da una struttura oligopolistica, con "scarsa competizione tra le imprese", per cui "non è del tutto implausibile ritenere che questo settore di mercato possa essere caratterizzato da una redditività, dovuta a rendite di posizione, sensibilmente maggiore rispetto ad altri settori", il che giustificherebbe "un trattamento fiscale *ad hoc*", ossia peggiorativo.

(3) *Il richiamo all'uso (dis)incentivante del tributo.*

La consapevolezza di una funzione allocativa del tributo era già presente nella giurisprudenza tradizionale della Corte. È celebre la sentenza 16/1965²⁸ che, nel giustificare l'imposizione sulla base di rendite catastali, evidenzia come l'imposizione possa legittimamente essere adoperata come incentivo ad un uso più efficiente del bene (produttivo) colpito da imposta²⁹.

Negli ultimi anni si è assistito ad un cambiamento di segno: la razionalizzazione del tributo come disincentivo. In questo caso, il cambiamento di segno comporta un mutamento di assetto logico, non costituisce solo una variazione quantitativa sul medesimo asse.

Infatti, lo schema logico incentivante (espresso dalla sentenza 16/1965, nel passo riportato alla nota 29) è chiaro: l'imposizione di un risultato normale e non del risultato effettivo è ragionevolmente giustificabile in ambito costituzionale, per la creazione di un vantaggio a favore dell'utilizzatore più efficiente (nella consapevolezza che in alcuni ambiti, un utilizzo efficiente del bene ridonda a vantaggio dell'intera collettività)³⁰.

Lo schema *disincentivante* assume una forma del tutto diversa: si appone un tributo non per favorire un migliore uso di un bene o di un

28. Corte cost. 31/3/1965, n. 16.

29. Così si esprime la Corte in questa importante sentenza (citata alla nota precedente): «Quando oggetto dell'imposta sia una cosa produttiva, la base per la tassazione è data (e la capacità del contribuente è rivelata) dall'attitudine del bene a produrre un reddito economico e non dal reddito che ne ricava il possessore, dalla produttività e non dal prodotto reale: ed è giusto che ciò avvenga perché l'imposta costituisce anche incentivo ad una congrua utilizzazione del bene e favorisce tra l'altro un migliore adempimento dei doveri di solidarietà economica e un più ampio contributo al progresso materiale del Paese (artt. 3 e 4 della Costituzione). La legge, che disciplina le imposte immobiliari non indulge né può indulgere all'inerzia, all'incapacità di gestione, alla liberalità del contribuente, che ad esempio non tragga adeguato compenso dall'impiego del suo immobile».

30. Risponde a questo schema incentivante anche la giustificazione dell'estensione di un'agevolazione per garantire la tutela della concorrenza: cfr. Corte cost. 20/11/2017, n. 242, in materia di agevolazione nell'imposizione indiretta delle operazioni di finanziamento a medio e lungo termine, spec. punto 2.2.

servizio, ma per innalzarne il costo e per favorire l'allocazione di risorse su beni e consumi diversi. È una scelta fortemente dirigista, molto lontana dai canoni di neutralità³¹. Dal punto di vista dei settori è un modo di razionalizzare il tributo tipico dell'imposizione indiretta³² che, ultimamente, il legislatore tende ad applicare (con risultati spesso incontrollati) anche all'imposizione diretta.

Questa giustificazione del tributo appare particolarmente interessante per il giurista, il quale normalmente vede nella sanzione la misura tipica di disincentivazione (funzione preventiva).

Se si resta nella prospettiva regolatoria, esiste, infatti, un certo grado di fungibilità tra il vietare una condotta (apponendo una sanzione sulla condotta quando questa viene tenuta) e il legittimare la condotta, richiedendo di pagare un tributo per il caso nel quale il bene o il servizio siano utilizzati. La linea di confine tra le due fattispecie resta la qualificazione di illiceità, ma questa qualificazione potrebbe essere del tutto irrilevante nella prospettiva del contribuente che, in entrambi i casi, percepisce solo che l'utilizzo di un certo bene/servizio comporta un costo ulteriore (sanzione o tributo).

Le decisioni nelle quali si può ritrovare questa concezione sono:

- la sentenza 201/2014³³, dove lo strumento impositivo viene astrattamente legittimato anche nell'intento di dissuadere da una pratica (retributiva) che si ritiene dannosa;
- le sentenze in materia di sigarette elettroniche, con maggiore evidenza nella sentenza 240/2017³⁴ dove l'intera argomentazione delle parti è imperniata su discorsi di tipo allocativo e dove una porzione

31. Anche l'imposizione incentivante non è neutrale, perché, comunque, garantendo un'area di vantaggio fiscale, intende promuovere una allocazione maggiore di risorse verso il bene incentivato. L'uso disincentivante, però, assumendo una forma simile ad un divieto (come si spiega anche poco oltre nel testo), rappresenta una limitazione di libertà più marcata rispetto a quella derivante dalla promessa di un ipotetico vantaggio. Mi pare esemplare, in questa prospettiva, il caso della c.d. "porno-tax", disciplinata dall'art. 1 c. 466 Legge del 23/12/2005 n. 266: fissare un'addizionale del 25% sul reddito derivante dai ricavi derivanti dalla vendita di materiale pornografico comporta la condivisione di una linea "morale" imposta dal legislatore, con matrice evidentemente dirigista.

32. Tanto nell'imposizione dei consumi, quanto nell'imposizione di fabbricazione, su cui Verrigni, *Le accise nel sistema dell'imposizione sui consumi*, Torino, 2017.

33. Citata *supra* alla nota 27.

34. Corte cost. 15/11/2017, n. 240; la sentenza precedente (sempre in materia di sigarette elettroniche) è Corte cost. 15/5/2015, n. 83 che, però, mi pare muoversi entro schemi più confacenti all'argomentazione tradizionale.

fondamentale della sentenza ruota intorno alla finalità voluttuaria del consumo da penalizzare³⁵.

(4) *La valutazione palese degli effetti della sentenza.*

Con un diffuso *mot d'esprit* curiale, si dice che la migliore delle difese dell'Avvocatura dello Stato nel giudizio di costituzionalità consista in un fogliettino riportante in una riga il costo, per le casse dello Stato, di un'eventuale pronuncia di incostituzionalità.

In alcune ultime decisioni, la Corte ha reso palese come uno dei parametri che debbono essere tenuti in considerazione nel rendere la sentenza di incostituzionalità, o nel delimitarne gli effetti, sia proprio l'impatto finanziario della sentenza stessa.

In particolar modo, questo filone interpretativo emerge:

- dalla sentenza 149/2017³⁶: la ragionevolezza della vicenda che ruota intorno al noto e surreale “*click-day*” per i crediti di imposta va giudicata e bilanciata con la necessità di trovare un'adeguata copertura finanziaria;
- dalla sentenza sulla Robin Hood Tax, che, come noto, limita gli effetti della pronuncia di costituzionalità, evocando la necessità di una manovra correttiva e i limiti di cui all'art. 81 Cost.

Anche questo filone argomentativo conduce verso luoghi ricchissimi di significato:

- il ruolo da attribuire all'equilibrio di bilancio cristallizzato dall'art. 81 Cost., in particolare se esso possa essere interpretato non come regola neutrale di equilibrio finanziario, ma come causa di giustificazione (o limitazione) di una misura tributaria; e ancora, se e come la Corte possa valutare le alternative finanziarie ad una misura che si voglia far sopravvivere, come nel caso della RHT³⁷;

35. Si fa riferimento al punto 6.3 della decisione, ove: «L'imposta di consumo in questione – la cui finalità primaria è data dal recupero di un'entrata erariale (l'accisa sui tabacchi lavorati) erosa dal mercato delle sigarette elettroniche – non contrasta con il principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost., anche nella parte in cui assoggetta i liquidi privi di nicotina alla medesima aliquota impositiva dei liquidi nicotinici. Essa, infatti, colpisce beni del tutto voluttuari... la finalità secondaria di tutela della salute propria dell'imposta di consumo, che già di per sé giustifica l'imposizione sui prodotti nicotinici, legittima anche l'eventuale effetto di disincentivo, in nome del principio di precauzione, nei confronti di prodotti che potrebbero costituire un tramite verso il tabacco».

36. Corte cost. 27/6/2017, n. 149, in materia di selezione dei crediti di imposta.

37. Su questi temi cfr. SALVINI, *Traslazione e rimborso delle imposte sul reddito in Corte cost. n. 10/2015*, in *Rass. trib.*, 2015, 1158 ss.; SCAGLIARINI, *Diritti e risorse: bilanciamento*

- quali strumenti possiega la Corte per valutare correttamente se e quanto l'equilibrio di bilancio di cui all'art. 81 Cost. possa essere considerata in pericolo³⁸.

ineguale o ineguaglianza all'esito del bilanciamento?, in *Giur. it.*, 2015, 1332 ss.; MARCHESELLI, *Equilibrio di bilancio*, cit.

38. Sulla complessa lettura dell'art. 81 Cost. e sulla possibilità che l'equilibrio finanziario divenga un fattore di giustificazione nella limitazione dei diritti, cfr. *ex multis*: Scaccia, *Equilibrio di bilancio, irretroattività assoluta della dichiarazione di incostituzionalità e principio di effettività della tutela giurisdizionale nella sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015*, in *Rass. trib.*, 2015, 1106 ss.; PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in *Giur. cost.*, 2016, 2499 ss.; URBANO, *La "resilienza" dei diritti fondamentali: riflessioni a cinque anni dalla costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 2023 ss.; MERCATI, *L'equilibrio di bilancio tra principi contabili e norme tecniche*, in *Giur. cost.*, 2017, 889 ss.

Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”: materie con rilevanza tecnico-scientifica

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale di fronte alle sfide inedite poste dalla società tecnologica. – 2. L'oggetto del giudizio costituzionale sulle questioni tecnico-scientifiche: aspetti sostanziali e processuali. – 3. Il sindacato su norme e regole tecniche. – 4. Il sindacato sulle leggi a contenuto tecnico-scientifico. – 5. Sulla formazione della prova scientifica: i poteri istruttori della Corte costituzionale in ambito tecnico-scientifico. – 6. Conclusioni.

1. *La Corte costituzionale di fronte alle sfide inedite poste dalla società tecnologica*

La regolazione a contenuto tecnico-scientifico è destinata ad acquisire un peso sempre più rilevante all'interno degli ordinamenti giuridici della società contemporanea, che si caratterizza per un'esponenziale crescita di scambi e interazioni fra gli Stati nonché per un sempre maggior condizionamento della tecnologia nella vita delle persone.

La questione dell'impatto della tecnica sulla società non è certamente nuova nella storia dell'umanità.

Già nel corso dell'Illuminismo e poi con la rivoluzione industriale la scienza e la tecnica si evolvono in strumento di dominio dell'Occidente sul mondo così da diventare «la misura degli uomini»¹.

L'aspetto che appare inedito è, però, rappresentato dall'enorme aumento dell'incidenza della tecnica sta assumendo nella nostra vita quotidiana che ha finito per investire il corpo umano. Fatti che riguardano l'essenza della vita, come l'inizio della vita, il concepimento, l'accertamento della morte, per millenni radicati in evidenze che sembravano granitiche o addirittura rimesse ad una volontà divina sono stati trascinati nella palude del dubbio e rimessi alla discrezionalità del legislatore o all'accertamento del giudice.

1. M. ADAS, *Machines As the Measure of Men. Science, Technology, and Ideologies of Western Dominance*, Cornell University Press, Ithaca, NY-London, 1989, 133 ss.

Non solo cambia ciò che l'uomo può fare con l'utilizzo della tecnica ma è la stessa tecnica che ormai determina ciò che l'uomo può essere. È stato acutamente osservato che

la barriera *ab extra* ha [...] preso il posto di quella *ab intra* oramai superata, segno che la crescita del "possibile" della scienza ha finito per generare il problema della sua separazione dal "giusto" e dal "buono" della società e con ciò la questione delle limitazioni e dei vincoli da fissare a presidio di quest'ultimo².

Può legittimamente affiorare, allora, la questione di fissare un limite allo sviluppo delle applicazioni eventuali della scienza in determinati settori.

Anche nel campo della filosofia della scienza si sta riflettendo sulla necessità di tracciare una filosofia del limite. Si pensi ai dubbi che evoca il settore dell'intelligenza artificiale, dove pare quasi possibile produrre robot in grado di dialogare autonomamente con l'uomo e al dibattito relativo al grado di autonomia di cui è accettabile dotare queste macchine. Il problema più grande si porrà quando questi oggetti diventeranno così evoluti da riuscire a produrre delle scoperte scientifiche non più dipendenti dalla volontà dell'uomo, con modalità di funzionamento e codici tecnici di comportamento magari così evoluti da sfuggire totalmente al controllo umano.

Posti di fronte alla dimensione di questi dilemmi ci accorgiamo di essere arrivati al limite, vale a dire di essere giunti ad un punto in cui diviene indifferibile per l'uomo chiedersi se non sia arrivato veramente il momento di fermare alcuni sviluppi possibili della tecnologia, avendo cura di distinguere, si badi bene, «la libertà della ricerca scientifica dalle eventuali applicazioni tecnologiche dei suoi risultati – perché non tutto ciò che è possibile è lecito»³.

In questo contesto, i giudici si troveranno sempre più spesso di fronte a controversie vertenti su materie con rilevanza tecnico-scientifica. La valutazione di tali questioni comporta la necessità di un rapido aggiornamento degli strumenti processuali a disposizione delle Corti, volti a far luce su questioni che sono il più delle volte tecnicamente molto complesse e che presuppongono, per la loro piena comprensione, di essere maneggiate non solo con il bagaglio delle nozioni giuridiche, ma necessariamente con cognizioni acquisite da altre scienze. La risoluzione di questioni tecnico-

2. P. CARNEVALE, *Prefazione*, in AA.VV., *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, a cura di A. Iannuzzi, Napoli, 2015, VII.

3. R. BODEI, *Limite*, Bologna, 2016, 22.

scientifiche presuppone obbligatoriamente un approccio plurale in cui le conoscenze giuridiche finiscono per mescolarsi con valutazioni mutate da altre scienze, in un'unione indissolubile. Ma il giudice non è onnisciente: dinanzi a questioni che esulano dal suo bagaglio di conoscenze né non può sostituirsi allo scienziato né può essere sostituito dallo scienziato.

Di fronte a questa sfida nuova che la società tecnologica pone al diritto e limitando l'ottica di questo lavoro alla giustizia costituzionale, appare particolarmente utile un'analisi relativa sia a *come* sia a *cosa* decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni tecnico-scientifiche.

Anche l'attività della Corte costituzionale è oggetto, in questi ambiti, di un'importante trasformazione perché si inserisce in quel fenomeno di ibridazione della conoscenza che si produce per effetto dell'intrecciarsi del sapere scientifico con le regole giuridiche poste a base della convivenza civile.

In questo ambito, anticipando già in premessa alcune delle conclusioni che si vogliono sostenere in questa sede, è opportuno che il giudice acquisisca una «apertura alla scienza», nel senso che di fronte ad un fatto tecnico-scientifico il giudice deve sobbarcarsi l'onere di fornire un'autonoma valutazione sull'attendibilità delle prove scientifiche acquisite. In concreto, com'è stato condivisibilmente sostenuto, *mutatis mutandis*, il giudice deve essere in grado di verificare la sussistenza delle condizioni di validità della prova scientifica, vale a dire di valutare «se si è nell'ambito di una forma di conoscenza dotata di dignità e di validità scientifica, e se i metodi di indagine e di controllo tipici di quella scienza sono stati correttamente applicati nel caso particolare»⁴.

La maturazione di questo nuovo *modus decidendi* oggi si pone come condizione necessaria ma non sufficiente per misurarsi con le *scientific questions*. Sembra ormai imprescindibile, anche per il giudice, prendere consapevolezza della peculiarità della regolazione a contenuto tecnico-scientifico che presenta un contenuto normativo che attraverso un processo di integrazione irreversibile fra nozioni di diversa natura, giuridiche e tecniche, realizza un intreccio normativo inestricabile che può essere adeguatamente valutato, in sede di giudizio di legittimità, solo attraverso un'analisi complessiva e unitaria.

4. M. TARUFFO, *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali II-1*, Milano, 2008, 975.

2. *L'oggetto del giudizio costituzionale sulle questioni tecnico-scientifiche: aspetti sostanziali e processuali*

Per delimitare l'ampiezza del presente contributo, occorre chiarire inizialmente due aspetti fondamentali.

In primo luogo, che cosa si intende in concreto quando si fa riferimento alle questioni tecnico-scientifiche.

In secondo luogo, è necessario delimitare l'oggetto delle questioni oggetto del sindacato di legittimità costituzionale dinanzi a tali questioni.

Relativamente alla questione definitoria, in estrema sintesi, occorre richiamare tre categorie:

1. le *norme tecniche*, strettamente intese, prodotte da enti di regolazione privati, accreditati dalle istituzioni europee e nazionali ad adottare norme tecniche consensuali, ma destinate tuttavia a perdere i caratteri della consensualità e della volontarietà quando norme interne fanno specifico rinvio a esse;
2. le *regole tecniche* contenute in atti-fonte tradizionali dell'ordinamento, che possono assumere in diverso modo il contenuto tecnico delle norme prodotte dagli enti di regolazione o da organismi pubblici, e in special modo del potere esecutivo, «dotati di specifiche attitudini»⁵.
3. le *leggi a contenuto tecnico-scientifico* (come le leggi in materia di procreazione assistita, le leggi sull'intelligenza artificiale, ecc.): si tratta di una categoria molto ampia, non agevolmente delimitabile, costituita da tutte quelle leggi che realizzano una correlazione necessaria tra scienza, tecnica e diritto perché presentano un contenuto che è il frutto della congiunta valutazione di elementi giuridici e tecnico-scientifici⁶.

Per quanto concerne, poi, più nello specifico l'oggetto del presente contributo, il tema di come decide la Corte su questioni con rilevanza tecnico-scientifica può essere scomposto in due parti:

- a) *cosa* decide la Corte Costituzionale relativamente alle questioni tecnico-scientifiche, incentrando, quindi, l'analisi sul merito delle decisioni;
- b) *come* decide la Corte Costituzionale dette controversie, spostando l'analisi, invece, sul modo in cui il giudice costituzionale istruisce il fatto tecnico-scientifico, da un punto di vista processuale.

5. La formula è ricorrente nella giurisprudenza, ma v. soprattutto Corte cost., sent. n. 31/2001.

6. Per un quadro terminologico più approfondito si rinvia a A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 10 ss.

3. *Il sindacato su norme e regole tecniche*

Le questioni che concernono le norme tecniche anche se recepite, nei modi diversi, in una regola tecnica non affiorano in maniera significativa nella giurisprudenza costituzionale, tuttavia la necessità di elaborare uno statuto giuridico relativo al trattamento di queste norme richiede un approccio pubblicistico che non può essere demandato soltanto agli studi privatistici come attualmente avviene. In questo campo, infatti, sono molte le ricerche che provengono dal diritto privato comparato e molto meno dal diritto pubblico. L'interesse pubblicistico in queste materie si accresce principalmente per via di due ordini di ragioni.

La prima ragione è dovuta alla novità normativa rappresentata dal Regolamento (UE) n. 1025/2012 sulla normazione europea⁷, che ha ridisciplinato le norme tecniche, peraltro eliminando la qualificazione di "tecniche" e definendole "norme europee" *tout court*, forse con la volontà di dilatarne l'ambito di intervento.

La seconda ragione è, invece, individuabile nel policentrismo soggettivo che è il frutto della proliferazione anche dei produttori di norme tecniche cosicché, mentre tradizionalmente le norme tecniche, che è bene ricordare esistono già dai primi del Novecento, erano adottate soltanto da enti di normazione privati su mandato delle organizzazioni internazionali (ISO, IEC, CEN, CENELEC, ETSI) o degli stati nazionali (UNI e CEI per l'Italia), oggi si assiste ad un'esplosione di regolatori globali privati. Si sta verificando, in altre parole, una situazione in cui si rischia che ogni portatore di interessi elabori e produca la sua norma tecnica (es. l'associazione dei consumatori, l'ONG in materia ambientale, ecc.), causando potenzialmente, com'è ovvio, un contrasto fra regole. La considerazione di questa galassia di regolatori globali, che si fanno portatori di interessi diversi e di differente legittimazione porta con sé inevitabilmente anche il problema nuovo del conflitto tra i regolatori stessi.

Questa duplice dimensione tematica fa affiorare una serie di nodi problematici nuovi rispetto al passato, di non agevole soluzione, che presentano indubbiamente un tono costituzionalistico.

7. Regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, sulla normazione europea, che modifica le direttive 89/686/CEE e 93/15/CEE del Consiglio nonché le direttive 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE e 2009/105/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la decisione 87/95/CEE del Consiglio e la decisione n. 1673/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

A chi è demandato il compito di dirimere questi potenziali conflitti? Lo Stato-regolatore è in possesso delle competenze tecnico-specialistiche necessarie per ponderare e risolvere tali complesse questioni? A me pare inimmaginabile che questi conflitti si possano comporre autonomamente, per effetto di una “mano invisibile”, perché nella maggioranza dei casi si verifica un bilanciamento ineguale.

In primo luogo, perché le norme tecniche adottate dagli organismi di normalizzazione sono portatrici di interessi economici e possono utilizzare argomenti formidabili come la crescita economica e la creazione di nuovi posti di lavoro.

In secondo luogo, perché le associazioni di cittadini (come ad esempio quelle per la protezione dell’ambiente e la creazione di standard di sicurezza ambientale più elevati) si scontreranno con potenti colossi multinazionali.

In terzo luogo, perché alcuni gruppi di soggetti «hanno difficoltà pratiche a partecipare alla formazione di norme»⁸, come ad esempio le ONG ambientaliste, le associazioni dei consumatori e dei cittadini che difendono diritti primari come la salute e la sicurezza sul lavoro. In tutti questi contesti si verifica una situazione di debolezza di alcune categorie di soggetti rispetto ad altri. Pertanto, questo bilanciamento non può che essere compito dei pubblici poteri, anche se è chiaro che la risoluzione delle relative controversie investe la cognizione dei giudizi ordinari, più che quella del giudice costituzionale.

In questa prospettiva, sarebbe assai utile se la Corte costituzionale contribuisse a delineare, in particolare, i contorni fondamentali del procedimento di formazione delle regole tecniche, stante l’attuale anarchia che caratterizza l’ordinamento italiano che mostra una «perdurante e quasi endemica assenza, ad ogni livello, di forme e di procedure specifiche per questo tipo di produzione normativa»⁹, a fronte, invece, della necessità di individuare un procedimento standard che garantisca la democraticità dei procedimenti e che faccia emergere il peso reale che i diversi costrutti tecnici esercitano sulla produzione delle stesse regole.

8. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo - Integrazione degli aspetti ambientali nella normazione europea, COM/2004/0130 def., del 25 febbraio 2004, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52004DC0130>.

9. In tal senso 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, 44 s.

4. Il sindacato sulle leggi a contenuto tecnico-scientifico

Oggetto del sindacato della Corte costituzionale sono propriamente le leggi a contenuto tecnico-scientifico.

La regolazione delle scienze della vita e principalmente le scelte operate dalla legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita hanno irrobustito ormai in modo importante la giurisprudenza costituzionale. Ma anche altri settori materiali fortemente condizionati dalla tecnica, come il diritto dell'ambiente o la regolazione di nuove tecnologie, hanno contribuito alla creazione di un formante giurisprudenziale avente ad oggetto valutazioni tecnico-scientifiche.

È da avvertire immediatamente che non si rinviene nella giurisprudenza costituzionale un orientamento generale consolidato in ordine alle *scientific questions*. La dimensione nuova di questi problemi inevitabilmente produce oscillazioni anche di grande evidenza. Tuttavia, dal punto di vista del "cosa" la Corte decide in ordine alle questioni tecnico-scientifiche iniziano a scorgersi dei primi punti fermi nella giurisprudenza costituzionale, che sono rappresentati da una serie di approdi a cui il giudice delle leggi giunge soprattutto all'esito di un proficuo dialogo con le Corti, principalmente con la Corte Edu, ma anche attraverso la valorizzazione dell'argomento comparatistico che consente uno scrutinio della ragionevolezza dell'intervento legislativo in base ad «elementi di diritto comparato»¹⁰.

Per quanto riguarda il merito delle decisioni della Corte Costituzionale su *scientific questions* si rileva, innanzitutto, un atteggiamento di tenerezza doveroso rispetto per la discrezionalità del legislatore. L'attenta considerazione delle istanze scientifiche da parte del legislatore fa derivare una presunzione di adeguatezza della legge. Tale presunzione non è però assoluta bensì relativa, potendo essere oggetto, in determinate circostanze, di una diversa valutazione da parte del giudice costituzionale. Perché la Corte tende ad accettare per buona l'attività del legislatore, salvo il riservarsi la possibilità di un successivo accertamento? Probabilmente per quella che è la concezione della tecnica e della scienza che affiora da

10. In tema v. L. PEGORARO, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, 601 ss. e L. PEGORARO - P. DAMIANI, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 411 ss.; P. PASSAGLIA, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 - giugno 2015*, in *Consulta online*, 2015; nonché, da ultimo, D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in *Federalismi.it*, 2019.

alcune sentenze della stessa Corte a partire dalla notissima sentenza n. 61 del 1997 da cui si evince una visione pura della tecnica la quale, per poter acquisire validità all'interno del processo costituzionale deve essere filtrata da ciò che comporta valutazione di interessi e che produce verità non falsificabili. Sostanzialmente la Corte ci dice che la tecnica può essere utilizzata nel processo costituzionale quando è in grado di fornire certezze. È stato, però, condivisibilmente chiarito soprattutto negli studi di Sheila Jasanoff¹¹ «come il riferimento a una presunta oggettività della scienza possa diventare la strategia per far valere poteri non democraticamente legittimati»¹².

Questa è una lettura della tecnica un po' anacronistica perché in realtà sappiamo che la scienza non produce certezze assolute. Non a caso, nelle sentenze successive, la Corte, di fatti, fa riferimento, piuttosto, alla possibilità di fare riferimento all'acquisizione di talune certezze, ma solo «allo stato delle conoscenze scientifiche». L'evoluzione scientifica fa sì che ciò che oggi sembra essere oggettivo e verificabile può domani essere oggetto di confutazione di fronte a nuove scoperte o a nuove possibilità. La Corte, in ogni caso, tende ad avere un'immagine della scienza utilizzabile nel processo come «non filtrata da interessi».

La tendenza a lasciare l'onere della valutazione al legislatore dipende, quindi, dalla consapevolezza che la scienza non è generalmente filtrata dagli interessi ma che pure il dato scientifico può essere oggetto di un giudizio politico e che, quindi, la scienza nel momento stesso in cui è applicata guida e orienta le scelte politiche.

La giurisprudenza analizzata dimostra che di regola c'è una presunzione di adeguatezza tale per cui la Corte non va a sindacare la scelta del legislatore, salvo ipotesi limitate di manifesta irrazionalità o di evidente irragionevolezza.

Nella sentenza n. 114 del 1998 la Corte Costituzionale spiega questo suo atteggiamento affermando che tendenzialmente le scelte del legislatore, anche in materia tecnico-scientifica, sono da assumere come corrette, salvo che «siano in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire». Pertanto, affinché

11. V. principalmente S. JASANOFF, *Fabbriche della natura. Biotecnologie e democrazia*, Milano, 2008, *passim*.

12. Come osserva a commento dei risultati delle ricerche della Jasanoff, M. TALLACHINI, *Prefazione. Politiche della scienza e ridefinizioni della democrazia*, in S. JASANOFF, *op. ult. cit.*, 8.

si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice.

La Corte lascia, pertanto, l'onere di accertare e poi di ponderare anche il contrasto scientifico al legislatore, salvo che quest'ultimo non abbia ommesso l'istruttoria o palesemente sbagliato ad utilizzare il dato tecnico-scientifico. Così facendo, però, da un lato si riduce moltissimo il potere di sindacare il merito e dall'altro non si tiene in considerazione che la verifica che i dati siano certi, sicuri e privi di errori presuppone comunque lo svolgimento di una valutazione o, meglio, di una prevalutazione che non entra nel processo costituzionale, anzi lo scavalca totalmente, per poi apparire direttamente nella sentenza.

I casi esaminati consentono, quindi, di rilevare che il problema principale che si pone nella giurisprudenza costituzionale *de quo* è il seguente: la Corte Costituzionale entra nel merito delle questioni tecnico-scientifiche o qualora l'istruttoria tecnico-scientifica non sia stata affatto svolta o nel caso in cui ricorra una valutazione di «manifesta irrazionalità», o di «evidente irragionevolezza».

Il caso più rilevante è quello della sentenza n. 282 del 2002 in tema di terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psicoturgia: la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Marche che aveva cautelativamente sospeso il ricorso all'elettroshock, non perché non fosse configurabile la competenza legislativa in materia, ma perché secondo la Corte, ma poiché la Regione non aveva svolto un'adeguata istruttoria.

Per questa parte, la giurisprudenza costituzionale si pone in linea con la giurisprudenza di altre Corti, nazionali e sovranazionali, assumendo un virtuoso modello di dialogo giurisprudenziale.

La Corte EDU, principalmente, richiede al legislatore, ogni volta in cui interviene in materie con contenuto tecnico-scientifico, di svolgere previamente un'istruttoria¹³.

13. Com'è stato ben detto da 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 di gravidanza*, in *Forumcostituzionale.it*, 15, «emergono indizi concordanti che portano alla definizione di un 'onere procedurale' in capo al legislatore nazionale, nel momento in cui si trovi ad affrontare questioni» socialmente, eticamente e scientificamente sensibili. Di talché, il «legislatore nazionale è

Nella sentenza *S.H. e altri contro Austria*¹⁴, la Corte internazionale, dopo aver rilevato che il Parlamento austriaco non ha proceduto ad un esame approfondito dello stato delle conoscenze scientifiche nel campo della procreazione medicalmente assistita anche alla luce della rapida evoluzione della scienza e della cultura sociale, pur non rinvenendo alcuna violazione della Convenzione, ammonisce l'Austria ricordando «che questa materia, in cui il diritto sembra essere in costante evoluzione e che è particolarmente soggetta ad un rapido sviluppo per ciò che attiene alla scienza e al diritto, richiede un esame permanente da parte degli Stati contraenti»¹⁵.

Conferme ulteriori del radicamento di questa posizione si hanno in diverse pronunce del Consiglio di Stato, sia in sede consultiva che giurisdizionale.

Particolarmente significativo appare, al riguardo, il parere interlocutorio n. 2956/2018 emesso dalla sezione normativa del Consiglio di Stato, assunto nell'Adunanza del 20 dicembre 2018, avente ad oggetto lo schema di decreto ministeriale recante cessazione della qualifica di rifiuto della gomma vulcanizzata derivante da pneumatici fuori uso ai sensi dell'art. 184-ter del d.lgs. n. 152/2006. Lo schema di decreto rappresenta uno dei perni della c.d. economia circolare e si propone di individuare le condizioni che consentono di far cessare la qualifica di rifiuto ad un prodotto, la gomma vulcanizzata nello specifico, sottoposto all'attività di recupero, senza però comportare effetti pregiudizievoli né sull'ambiente né sulla salute umana.

Il Consiglio di Stato precisa che mentre un precedente schema del decreto conteneva alcune limitazioni all'utilizzazione del prodotto individuate «in espressa attuazione di pareri tecnici circostanziati e motivati che sollevano osservazioni sui pericoli per la salute umana e l'ambiente».

chiamato a dimostrare di avere svolto, all'interno del procedimento decisionale secondo forme variamente individuabili, una attività di raccolta, analisi e valutazione dello status quo riscontrabile a livello scientifico-tecnologico, in modo da "introdurre" concretamente la complessità scientifica, che lo legittima verso scelte altamente discrezionali, nel processo decisionale, che ne sarà quindi condizionato, o quanto meno orientato. Il soddisfacimento di tale condizione sembra fondare una presunzione di compatibilità delle scelte discrezionali con la CEDU».

14. CEDU *S.H. e altri contro Austria*, 57813/00, Prima Sezione 1 aprile 2010 e Grande Camera 3 novembre 2011.

15. Cfr. CEDU *Christine Goodwin c. Regno Unito*, cit. e *Stafford c. Regno Unito*, Grande Camera, 46295/99, 28 maggio 2002.

Il nuovo schema sottoposto all'esame del giudice amministrativo, invece, presenta delle modifiche

determinate esclusivamente dalle osservazioni *giuridiche, e non tecniche*, della Commissione europea e non da una rinnovata valutazione degli interessi pubblici tutelati sostenuta da *ulteriori* pareri tecnici e da una approfondita motivazione a giustificazione del mutamento di indirizzo.

La sospensione del parere del Consiglio di Stato, in conclusione, viene decisa, in conseguenza della necessità di acquisire «su tale nuova formulazione i pareri degli organismi scientifici che si erano pronunciati sul precedente schema».

A seguito di questo parere interlocutorio, il Ministero ha inviato una nuova richiesta di parere suffragata da un parere tecnico dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) nel quale si dichiara di avere «riesaminato la documentazione disponibile, già analizzata per rendere i citati pareri sulla materia, tra cui il parere reso dall'Istituto superiore di Sanità [...]», ritenendo «consolidato quanto già espresso nel parere reso» in precedenza. Il Consiglio di Stato, desumendo «per tabulas, che né ISPRA né il Ministero hanno acquisito al procedimento il nuovo parere dell'Istituto superiore di Sanità» (ISS), come in precedenza richiesto, essendo «da ritenersi ormai superato» il precedente reso il 7 aprile 2017, ha sospeso l'adozione del parere, invitando il Ministero «a dare compiuta ottemperanza» al parere n. 2956/2018, provvedendo all'integrazione dell'istruttoria, mediante l'acquisizione del parere tecnico dell'ISS sui rischi associati all'uso di gomma riciclata contenente determinate concentrazioni di IPA, in particolare come materiale di riempimento dei campi in erba sintetica o destinati ad applicazioni in ambito sportivo e ai parchi giochi, sulla scorta del quale dovrà anche essere riformulato un ulteriore parere dell'ISPRA.

La preoccupazione dei giudici amministrativi deriva dai rischi che il riutilizzo del prodotto derivante da riciclo per realizzare intasi possa destare il sospetto che alcune sostanze considerate tossiche contenute in componenti della gomma vulcanizzata (come gli IPA, Idrocarburi Policiclici Aromatici) possano migrare dai granuli di gomma ai giocatori, attraverso contatto con la pelle o mediante inalazione. Questi dubbi sono stati oggetto di alcune raccomandazioni formulate dall'Agenzia europea delle sostanze chimiche (*European Chemicals Agency*, ECHA) sul presupposto che «esistono tuttora alcune lacune conoscitive per quanto riguarda le sostanze, e le relative concentrazioni, presenti nei granuli di

gomma riciclata utilizzati di solito come materiale di riempimento nei campi sportivi»¹⁶.

Questo caso è esemplificativo del peso reale dei pareri tecnici sulla tutela di diritti fondamentali della persona in determinati ambiti materiali e fa trasparire anche come il bilanciamento dei diversi interessi che vengono in riferimento richiede una composizione complessa e faticosa fra scelte politiche e pareri tecnici, talora non concordanti fra loro.

A questo punto della trattazione, quindi, si è nelle condizioni di comprendere e di affrontare il perno centrale della questione: la legge a contenuto tecnico-scientifico ha uno spazio di discrezionalità meno ampio rispetto a quello ordinariamente rimesso alle “altre” leggi, poiché essa deve essere previamente fondata su un’adeguata istruttoria tecnico-scientifica che, se non è svolta, può essere considerata come condizione di irragionevolezza e riverberarsi sull’illegittimità della stessa legge.

In ragione del fatto che, come si è mostrato, la tutela effettiva di diritti fondamentali della persona si realizza ormai anche per effetto di pareri di organismi tecnici, che devono essere attentamente considerati dal legislatore, si impone come questione fondamentale anche il profilo della necessaria autonomia degli organismi tecnico-scientifici a supporto dei governi, che devono assicurare rigore, indipendenza ed integrità. Com’è stato esattamente osservato,

per sostenere correttamente, dal punto di vista del sistema costituzionale, che una certa decisione politica debba basarsi sulle valutazioni degli organismi tecnico-scientifici, queste autorità devono essere poste in una condizione di indipendenza dalla politica, devono essere in qualche misura assimilabili a quelle che noi conosciamo più in generale come *authorities*, diversamente il modello rischia di divenire un modello zoppo¹⁷.

La stessa autorevole dottrina, in altra sede, ha avuto modo di mettere in risalto che

16. ECHA, *Valutazione dei possibili rischi per la salute derivanti dai granuli di gomma riciclata utilizzati come materiale di riempimento nei campi sportivi in erba sintetica*, 28 febbraio 2017, sintesi disponibile al seguente link: https://echa.europa.eu/documents/10162/13641/annex-xv_report_rubber_granules_it.pdf/bdc8fc5a-1e94-6f99-8aef-324801a722eb.

17. Così R. BALDUZZI, *Introduzione generale*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 5.

a differenza dei grandi organismi internazionali, quali l'Oms o l'Efsa, gli organismi scientifici dei singoli Stati membri e in particolare i loro vertici non sono caratterizzati dallo stesso livello di autonomia. Di conseguenza, se non vi è garanzia sul fatto che le posizioni espresse da questi Enti siano davvero indipendenti, come possiamo obbligare un magistrato a vincolarsi a queste posizioni? La stessa scienza, del resto, è caratterizzata molto spesso da una sua pluralità. Dobbiamo tutti lavorare per incrementare il livello di autonomia e indipendenza delle Istituzioni scientifiche¹⁸.

Il rischio maggiore insito nella difficile operazione di veicolare i pareri tecnico-scientifici nelle decisioni politiche e poi nelle valutazioni dei giudizi può pure derivare dai potenziali conflitti di interesse, finanziari e non, che possono influenzare la ricerca pubblica e privata. Tali conflitti di interesse rappresentano uno degli aspetti del più generale tema della *research integrity*, una nuova «frontiera etica»¹⁹ della ricerca pubblica che è definita sinteticamente nella Carta di Singapore come «*honesty in all aspects of research; accountability in the conduct of research; professional courtesy and fairness in working with others; good stewardship of research on behalf of others*».

La giurisprudenza della Corte costituzionale, dunque, si inserisce, per questa parte, in modo molto virtuoso all'interno di un dialogo a distanza fra le Corti che conduce a decisioni uniformi²⁰.

Un secondo nodo problematico che si ricava esaminando il complesso della giurisprudenza costituzionale sulle questioni tecnico-scientifica è quello relativo alla questione dell'individuazione in concreto di ambiti di autonomia della scienza o, in altre parole, della configurabilità in astratto di una sorta di riserva di scienza, vale a dire di ambiti sostanziali non disponibili per il legislatore perché riservati alle valutazioni medico-scientifiche.

Il tema si è posto con grande evidenza ancora in occasione della sentenza n. 282/2002. In questa decisione il giudice costituzionale ha rilevato che la disciplina sull'appropriatezza delle pratiche terapeutiche richiede

18. Ancora R. BALDUZZI, *Intervista rilasciata a Quotidiano Sanità*, in http://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=24420, 19 novembre 2014.

19. Sul punto rinvio a M. DE BENEDETTO, *Note intorno a virtù e limiti nella ricerca scientifica*, in A. IANNUZZI (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, cit., 138 ss.

20. Cfr. A. SANTOSUOSSO - S. AZZINI, *Scienza, tecnologia e gli attuali flussi giuridici transnazionali*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, I, Milano, 2010, 731 ss.

di limitare la discrezionalità del legislatore, al quale dovrebbe competere esclusivamente il potere di dettare norme «che configurano in capo a organi statali compiti di “adozione di norme, linee guida e prescrizioni tecniche di natura igienico-sanitaria”». In mancanza dell’intervento statale, il vuoto legislativo relativo al divieto di specifici atti è «necessario», allo stato delle conoscenze scientifiche, in virtù dell’obbligo posto dall’art. 33 Cost. al legislatore di rispettare la libertà della ricerca scientifica. Conseguentemente, le valutazioni della scienza medica, in questo campo, si pongono quale limite sostanziale al potere legislativo, poiché se non «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».

Si viene così a configurare, nei limiti precisati, una sorta di riserva di scienza: «un “campo riservato” che non può essere invaso dalla discrezionalità politica del legislatore»²¹.

Un punto fermo nella giurisprudenza costituzionale è il seguente: dall’analisi delle sentenze si può riscontrare che la Corte Costituzionale raramente esalta il dato scientifico ma tende a considerarlo come uno degli elementi che costituiscono la base su cui il legislatore dovrà poi legiferare. Una delle sentenze nelle quali ciò appare con più evidenza è la n. 84 del 2006 sulla destinabilità degli embrioni alla ricerca scientifica. I precedenti sono comunque moltissimi. A partire dalla sentenza n. 414 del 1995 nella quale si pone il problema di considerare quale sia il momento decisivo per ritenere estinta la persona umana, non solo alla luce della scienza medica ma anche al complesso quadro dei valori di riferimento, che costituisce oggetto dell’attenta valutazione da parte del legislatore e del suo prudente apprezzamento, in sintonia altresì con le altre norme dell’ordinamento e nonché sui principi deontologici, in espressione del comune sentire. O, ancora, la sentenza n. 307 del 2003 in cui la fissazione dei valori soglia relativi all’elettrosmog, secondo la Corte, deve rispondere a una ratio non solo tecnica ma più complessa e articolata e si pone al crocevia tra diversi interessi costituzionalmente tutelati quali il diritto alla salute, la distribuzione razionale dell’energia e lo sviluppo dei sistemi di telecomunicazione. Anche in tutte le sentenze che hanno ad avuto ad oggetto norme sulla procreazione medicalmente assistita, la Corte ha affermato la necessità di prendere in considerazione «le plurime esigenze costituzionali», dando ampio respiro, valore e dignità ad ogni esigenza

21. E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2017, 6.

costituzionale che viene, volta per volta, in riferimento, senza rischiare di assolutizzare il dato tecnico.

La posizione della Corte Costituzionale pare condivisibile in quanto una giurisprudenza di questo tipo attribuisce al diritto, nei confronti della scienza, un complesso ruolo di mediazione tra le diverse istanze che emergono dalla pluralità di valori costituzionalmente tutelati, che non possono in nessun caso essere isolate o prevalere singolarmente.

5. *Sulla formazione della prova scientifica: i poteri istruttori della Corte costituzionale in ambito tecnico-scientifico*

Relativamente all'aspetto processuale, e dunque al "come" la Corte decide, invece, la situazione è molto più critica perché la Corte Costituzionale non utilizza quasi mai le ordinanze istruttorie negli ambiti che attengono alle questioni tecnico-scientifiche, che rappresentano, al contrario, *ictu oculi*, proprio quelle nelle quali, occorrerebbe un maggiore impiego.

I due temi si intersecano inevitabilmente e pongono una questione fondamentale: come si forma la prova scientifica nel processo costituzionale?

Di fronte a una controversia tecnico-scientifica la Corte potrebbe trovarsi nella situazione di dover accertare se un fatto è scientificamente vero o falso. Ad esempio, la Consulta si è già trovata di fronte ai seguenti interrogativi: è vero che i vaccini possono avere conseguenze negative sulla salute dell'uomo? È vero che l'embrione è un'entità che ha in sé il principio della vita? Di fronte a interrogativi di questo tipo si pone l'esigenza di distinguere gli argomenti giuridici dagli argomenti scientifici e quindi anche l'esigenza di distinguere la prova giuridica dalla prova scientifica.

La prova scientifica non può essere assimilata alla prova giuridica perché ha la struttura logica della dimostrazione matematica o scientifica. Secondo Taruffo,

si parla di prova scientifica quando essa deriva dall'impiego di nozioni di carattere scientifico in senso proprio che presuppongono l'utilizzo di nozioni e metodi di analisi che vanno nettamente al di là del patrimonio culturale di cui dispone normalmente il giudice²².

22. M. TARUFFO, *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II-1, Milano, 2008, 966.

Assumendo come punto di partenza che la prova scientifica è concettualmente diversa dalla prova giuridica si arguisce la necessità di individuare canali di accesso nel processo diversi rispetto a quelli ordinari. La Corte, tuttavia, sembra ancora ben lontana dalla maturazione di una prassi in ordine agli aspetti processuali per l'acquisizione della prova scientifica.

In ordine alla questione del "come" la Corte decide quando si trova di fronte a questioni tecnico-scientifiche, meritano di essere segnalati, nell'economia del presente lavoro, due ordini di problemi. Nella prassi processuale, la prova scientifica o si acquisisce sostanzialmente fuori dal processo costituzionale o si acquisisce utilizzando i canali dell'istruttoria informale.

Alla luce della casistica giurisprudenziale, si può senz'altro affermare che siamo ancora molto lontani dal maturare un'idea relativa al modo ordinario di utilizzo dei poteri istruttori in materia tecnico-scientifica. Due, in particolari, sembrano i problemi principali che impediscono l'esperimento dei poteri istruttori.

È difficile, in primo luogo, individuare i soggetti qualificati da consultare. Spesso, infatti, la Corte mette in risalto che i dati scientifici sono controversi: ad esempio, nella sentenza n. 84 del 2016 la Corte dice che il dibattito scientifico sull'embrione è contrariamente sostenuto in varie sedi dottrinarie e scientifiche, e che la domanda agli scienziati relativamente a cos'è l'embrione è rimasta inevasa. Ciononostante, la Corte assume una definizione di embrione come qualcosa che ha in sé il principio della vita ancorché in un suo stato di sviluppo non definito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza. La Corte quindi, in quell'occasione, rileva espressamente la presenza di un contrasto nel mondo scientifico. Nei non infrequenti casi come questo, tuttavia, sarebbe preferibile fare emergere tali contrasti scientifici all'interno del processo. Una delle possibili proposte da avanzare va nella direzione del coinvolgimento delle società scientifiche di riferimento in sede istruttoria, assegnando alle parti la possibilità di porre delle domande. Le risposte tecniche sarebbero poi utilizzate dalla Corte nella sentenza a fondamento della soluzione, facendo anche riferimento a elementi validati dalla comunità scientifica. Questo darebbe certamente una maggiore credibilità alle motivazioni contenute nelle sentenze costituzionali.

Si pone, in secondo luogo, un'evidente difficoltà a formulare le domande. È sotto gli occhi di tutti che si tratta di un problema di non poco conto perché il modo in cui è presentata la domanda può condizionare le risposte successive. In merito, si riscontra molta difficoltà di comunicazione, stante i diversi linguaggi parlati dai giudici e dagli scienziati. È un problema non

di poco conto, ma che può essere alleviato proprio riconoscendo alle parti il diritto di proporre un set di domande da proporre che poi dovranno essere sottoposte ad una rigorosa cernita dalla Corte costituzionale.

Il riferimento a quest'ultimo problema, rende evidente che non vi è dubbio che anche un giudice, di fronte alla necessità di dover decidere una questione tecnico-scientifica, sia obbligato – così come lo è ognuno di noi quando deve affrontare un tema particolarmente complesso – a documentarsi. Proprio per questo motivo, l'istruttoria informale non è solo necessaria ma anche doverosa.

Il problema che le istruttorie informali pongono riguarda il peso delle loro risultanze nella sentenza, nei casi in cui per effetto di tali canali vengono acquisiti dati, senza specificarne in sentenza la fonte di provenienza.

Come esempio di istruttoria informale che solleva perplessità, da ultimo, può essere citata la sentenza della Corte Edu, che pure fa più ampio ricorso all'istruttoria formale²³, relativo alla risoluzione della causa *Cordella e altri contro Italia*²⁴, più noto come caso ILVA. Si tratta di uno di quei processi all'interno dei quali vengono acquisiti dati scientifici sulla base della consultazione di fonti non accreditate nella comunità scientifica, come nel caso di specie Wikipedia, per la definizione del benzopirene²⁵, le cui emissioni erano superiori al limite consentito nel 2008 nel quartiere dove risiedevano i ricorrenti. Questo precedente, certamente ininfluenza nella vicenda processuale *de qua*, dimostra, tuttavia, quanta importanza assuma in un giudizio la corretta citazione della fonte, perché dà prova della corretta predisposizione del giudice alla scienza, della corretta gestione dei canali di acquisizione delle informazioni secondo il metodo scientifico, ma anche della verificabilità del dato scientifico considerato nella decisione²⁶.

Un esempio positivo, ancora fra quelli più recenti, di istruttoria informale svolta correttamente, invece, è rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 5/2018 in materia di vaccinazioni obbligatorie.

23. M. D'Amico,

24. CEDU, *Cordella contro Italia*, 54414/13, Prima Sezione, 24 gennaio 2019.

25. Definito nella nota 6: «Idrocarburo aromatico cancerogeno, inquinante persistente, che è il prodotto di una combustione incompleta a temperature comprese tra 300 °C e 600 °C (fonte: Larousse e Wikipedia)».

26. È stato anche proposto, in linea con quanto qui sostenuto, «l'inserimento nella motivazione delle pronunce costituzionali di argomentazioni che esplicitino le ragioni per cui determinati enunciati possono essere considerati come «veri» (o «costituzionalmente giusti») sulla base delle prove che li confermano», da V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 404.

Il decreto-legge che aumenta il novero dei vaccini obbligatori è fondato su dati statistici e tecnico-scientifici che mostrano una percentuale di vaccinazioni più bassa rispetto alla c.d. “immunità di gregge” prevista dalla legge così come individuata dalla comunità scientifica di riferimento anche alla luce di una serie di studi epidemiologici. L'apprezzamento dei presupposti di necessità e urgenza viene a dipendere dalla giusta ponderazione dei dati statistici e dalle cognizioni medico-scientifiche. La Corte costituzionale, nel sindacare la legittimità costituzionale del decreto-legge in oggetto, mostra di aver svolto una istruttoria informale in modo proficuo per almeno tre ordini di motivi.

In primo luogo, perché la Corte valorizza opportunamente l'istruttoria effettuata dal legislatore, che risulta essere stata svolta in maniera esaustiva avendo preso in considerazione tutti i soggetti coinvolti nonché ogni aspetto tecnico sotteso.

In secondo luogo, la sentenza palesa una particolare sottolineatura dell'apporto dei soggetti pubblici, nazionali e non, impegnati nella ricerca scientifica in materia, come l'Organizzazione Mondiale della Sanità, o di altri organi pubblici competenti come il Comitato Nazionale di Bioetica.

In terzo luogo, la Corte mostra di aver reperito autonomamente informazioni sui siti istituzionali degli istituti di ricerca pubblica. Questa sentenza dimostra che è possibile effettuare una ricerca autonoma, nell'epoca della trasparenza amministrativa, su siti pubblici liberamente accessibili, acquisendo documenti agevolmente reperibili, previa chiaramente indicazione della fonte nella sentenza, in modo da consentire un ampio controllo su di essa.

La decisione, pur apprezzabile nei termini ora esposti, presta il fianco a qualche critica nella parte in cui si addentra in una non condivisibile attenuazione della distanza fra raccomandazione e obbligo vaccinale, per cui

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. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze: si veda, da ultimo la sentenza n. 268 del 2017). In quest'ottica, occorre considerare che, anche nel regime previgente, le vaccinazioni non giuridicamente obbligatorie erano comunque proposte con l'autorevolezza propria del consiglio medico.

Si manifesta in questo passaggio, peraltro ribadito testualmente nella successiva sentenza n. 137/2019 sempre in materia di vaccinazioni obbligatorie, una visione non autorevole, ma autoritaria dell'*expertise*, «che, pur raccomandando, impone un'incontrovertibile verità», mentre, invece, «oggi le relazioni di cura sono normalmente improntate a collaborazione e dialogo tra medici e cittadini²⁷». Com'è stato ancora condivisibilmente osservato, piuttosto, «solo una ripresa del dialogo tra scienza medica e scienza giuridica (e quindi l'instaurarsi di un rapporto di concordanza/integrazione e non di discordanza) consente che il diritto alla salute, nella configurazione del principio di autodeterminazione del singolo, sia pienamente realizzato²⁸».

6. Conclusioni

Queste ultime considerazioni consentono di tornare sul tema della necessaria apertura del giudice alla scienza, di cui si è parlato in premessa. Appare ineludibile avviare un dialogo proficuo e virtuoso fra i due binomi diritto-politica e scienza-tecnica, che si traduca nei procedimenti di formazione delle norme in termini di co-produzione, «come strumento interpretativo del reciproco generarsi del linguaggio della scienza e del diritto²⁹», e che si concretizzi nei giudizi (costituzionali non) su questioni tecnico-scientifiche in una nuova capacità del giudice di districarsi con profitto nel processo di validazione delle acquisizioni tecniche e scientifiche rilevanti nel processo.

27. Nel motivare la tesi dell'assimilazione delle nozioni giuridiche di raccomandazione e obbligo nella pratica medica la Corte costituzionale esprime, ad avviso di M. TALLACCHINI, *Vaccini, scienza, democrazia*, in *Epidemiologia e prevenzione*, 2019, 43, «una visione preoccupante dei rapporti tra scienza e diritto e un approccio obsoleto alle dinamiche tra scienza e società [...] oltre ad abbracciare con grande convinzione una visione autoritaria (invece che autorevole) dell'*expertise* (che, pur raccomandando, impone un'incontrovertibile verità), la Corte trascura di considerare che, nella corrente visione dei rapporti medico-paziente, qualunque prescrizione medica costituisce in realtà una raccomandazione – le prescrizioni non vincolano, ma sono autorizzative e abilitative quando richieste per l'accesso a servizi o prodotti medici; e che oggi le relazioni di cura sono normalmente improntate a collaborazione e dialogo tra medici e cittadini».

28. V. MARCENÒ, *Consenso informato e sperimentazione nel diritto costituzionale*, in *Bioetica*, 2015, 302.

29. M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, 318.

Così come il legislatore dovrà assumersi l'onere politico di effettuare il bilanciamento fra diritti e scientificità delle valutazioni, senza indulgere nella scorciatoia della delega alla tecnica, il giudice costituzionale dovrà assumere il compito di verificare ed eventualmente di ricalibrare il bilanciamento effettuato dal legislatore.

Si richiede, in conclusione, anche al giudice costituzionale non solo un'*apertura alla scienza*, ma anche una sorta di *contaminazione con la scienza*, che tenga conto non solo del ruolo che la scienza e la tecnologia hanno assunto per la comprensione di diversi ambiti del diritto, ma anche nella consapevolezza che lo sviluppo della tecnologia sta determinando una forma di ibridazione delle conoscenze producendo nuovi linguaggi e molteplicità dei saperi, cosicché «nuovi ambiti di ricerca scientifico-tecnologica nascono già unitariamente alla teorizzazione del proprio completamento normativo»³⁰. Al giudice, di conseguenza, è rimesso il compito non semplicemente di *acquisire* le prove scientifiche, ma di considerare che le valutazioni tecnico-scientifiche sono interiorizzate nei costrutti normativi originari e che non è opportuno separarli nelle considerazioni processuali. Questi, piuttosto, devono essere considerati nel tessuto unitario della norma giuridica avente matrice tecnico-scientifica, senza possibilità di isolare le valutazioni giuridiche da quelle tecno-scientifiche né dando preminenza alle prime piuttosto che alle seconde. Per decidere secondo questo metodo, la Corte costituzionale, laddove sia utile, deve porsi il problema di sobbarcarsi, in taluni casi, l'onere istruttorio formale volto ad accertare le questioni tecnico-scientifiche sottese, autoimponendosi questo compito secondo la stessa logica per cui le Corti demandano al legislatore, in queste ipotesi, di esperire un'istruttoria tecnica rafforzata.

30. «... se le scienze della vita hanno preceduto, se pur di poco, l'emergere della riflessione bio-giuridica, le nanoscienze sono nate insieme al nano-diritto, e il neuro-diritto ha accompagnato lo sviluppo delle neuroscienze», così ancora M. TALLACCHINI, *op. ult. cit.*, 315.

Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”: la materia sanitaria

SOMMARIO: 1. Premessa: la portata della materia sanitaria e l’acquisizione dei relativi dati tecnico-scientifici. – 2. I capisaldi della giurisprudenza costituzionale concernente le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria. – 2.1. Il riconoscimento a favore del legislatore della competenza a disciplinare le fattispecie scientificamente rilevanti. – 2.2. La conseguente delimitazione del sindacato costituzionale sull’operato del legislatore. – 2.3. L’ambito di autonomia riconosciuto alla scienza medica. – 2.4. L’ammissione di interventi provvisori del legislatore. – 2.5. L’interpretazione scientificamente conforme delle nozioni medico-scientifiche utilizzate dal legislatore. – 2.6. La dipendenza (anche) dai dati statistici e dalle cognizioni medico-scientifiche dei requisiti di necessità ed urgenza dei decreti-legge. – 2.7. Il rifugio nella mancata decisione. – 3. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa: la portata della materia sanitaria e l’acquisizione dei relativi dati tecnico-scientifici*

La materia sanitaria presenta un’ampia portata, essendo connessa e funzionale alla tutela della salute, la quale è oggi concepita non soltanto come assenza di malattia, ma come benessere complessivo della persona umana¹.

Così, a livello individuale, la tutela della salute include diverse pretese giuridiche: a monte il diritto ad un ambiente salubre², poi il diritto a essere curato, quello a rifiutare le cure, la libertà di cura (sia pure nell’ambito di

1. Così, ispirandosi alla definizione dell’Organizzazione Mondiale della Sanità, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale rilevano che «la salute è nel suo complesso [...] uno stato [...] una [...] condizione di benessere da conservare nel tempo» (v., per tutti, A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I, 656), per cui il relativo diritto va inteso «nel significato, proprio dell’art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica» (Corte cost, n. 167 del 1999, n. 251 del 2008, n. 162 del 2014).

2. Riconosciuto dalla Corte di Cassazione, quale riflesso del diritto alla salute, fin dal 1979 (Cass., sez. un., n. 5172 del 1979).

terapie di provata scientificità e di strutture accreditate)³ e, preliminarmente, il diritto al consenso informato⁴. Si tratta di diritti a prestazione che necessitano, per la loro soddisfazione, anche della solidarietà pubblica e dell'intervento del legislatore, intersecando i profili del finanziamento delle cure e dell'organizzazione sanitaria⁵.

Detta organizzazione, in particolare, rappresenta una componente fondamentale della tutela della salute in quanto, insieme alla relativa normativa – come ha sottolineato la stessa Consulta⁶ –, traccia la cornice funzionale ed operativa che garantisce la qualità e l'adeguatezza delle prestazioni erogate.

Ora, quando il legislatore interviene nella materia sanitaria, anche la Corte costituzionale viene chiamata, prima o poi, a confrontarsi con i suoi vari profili, inclusi i dati tecnico-scientifici su cui essa si fonda. È vero che la Corte è giudice della legittimità, per cui i dati della scienza si inseriscono nelle sue valutazioni solo in via mediata, «come parte di un ragionamento che resta comunque basato su argomenti di diritto e precedenti di giurisprudenza»⁷. Nondimeno, ciò che è stata definita «ragionevolezza scientifica» delle leggi⁸ pare ormai divenuta una dimensione

3. Come ha sottolineato la Corte costituzionale, «non possono ricadere, infatti, sul servizio sanitario nazionale le libere scelte individuali circa il trattamento terapeutico preferito, anche perché ciò disconoscerebbe il ruolo e le responsabilità che competono allo Stato, attraverso gli organi tecnico-scientifici della sanità, con riguardo alla sperimentazione e alla certificazione d'efficacia, e di non nocività, delle sostanze farmaceutiche e del loro impiego terapeutico a tutela della salute pubblica» (sentenza n. 185 del 1998, pt. 10 *Cons. dir.*).

4. Riconosciuto quale diritto fondamentale della persona dalla Corte costituzionale (sentenza n. 438 del 2008, pt. 4 *Cons. dir.*) ed oggi sancito espressamente dalla legge n. 219 del 2017.

5. Cfr., per tutti, G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 3; A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, in E. CAVASINO - G. SCALA - G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, 147 ss.; nonché, sulla configurazione del diritto alla salute da parte del Giudice delle leggi, F. MINNI - A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013.

6. In particolare nelle sentenze n. 207 del 2010, n. 54 del 2015 e n. 192 del 2017.

7. Cfr., per tutti, R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 5; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009, 609.

8. S. PENASA, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2009, 817 ss.

ulteriore – non limitata al contesto medico-sanitario – del controllo di ragionevolezza delle leggi⁹.

A tal fine, occorre innanzitutto “conoscere per deliberare” come evidenziava anche Luigi Einaudi in una delle sue più note “Prediche inutili”¹⁰, con una riflessione riferita principalmente alle deliberazioni di contenuto amministrativo, ma che non mancava di guardare, più in generale, ai punti di confluenza tra scienza, tecnica e diritto¹¹.

Senonché il compito della Consulta è quello di giudicare le leggi sulla base dei principi e delle norme costituzionali, per cui il suo potere conoscitivo si colloca, di regola, a un livello “astratto”, e comunque racchiuso all’interno dei confini del mondo giuridico, mentre i dati e i fatti restano solo sullo sfondo e sono per lo più quelli veicolati dal caso concreto da decidere.

In realtà, in dottrina detta visuale è da tempo sottoposta a critica¹², alla luce della crescente consapevolezza dell’importanza del momento procedimentale dell’attività legislativa. L’opera di produzione normativa

9. Il riconoscimento del rilievo costituzionale del dato scientifico – se per alcuni è diventato preminente, portando a ritenere che si sia affermato un «giudizio di scientificità» (G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D’ALLOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 37), o un «vincolo modale» gravante sul legislatore (A. D’ALLOIA, voce *Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, Torino, 2012, vol. II, 56), o una «ridefinizione molto restrittiva dei poteri legislativi tout court» (R. BIN, *op. cit.*, 9), se non addirittura un nuovo *nomos* dei diritti fondamentali, costituito dal principio *ubi scientia ibi iura* (affermato in particolare nella sentenza n. 162 del 2014 che ha eliminato il divieto di fecondazione artificiale eterologa contenuto nella legge n. 40 del 2004: A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta online*, 2014), ovvero inducendo parte della dottrina a qualificare il dato scientifico come «parametro interposto di costituzionalità» (C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 177) o a ritenerlo ormai un «vero e proprio parametro superiore di costituzionalità» (A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, vol. I, Milano, 1994, 134) – per altri viene ricondotto (e delimitato) alla funzionalità di tale dato rispetto alla «ottimale realizzazione dei valori costituzionali» (G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 287; 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, 278-279; E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 3 ss.).

10. L. EINAUDI, *Conoscere per deliberare*, in *Prediche inutili*, Einaudi, Torino, 1964, 3 ss.

11. Sottolinea la medesima esigenza E. CHELI, *op. cit.*, 1-2.

12. V., per tutti, Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l’accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D’ALLOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 171 ss.

è infatti sottoposta ad interferenze e sollecitazioni scaturenti dal tessuto sociale ed è sovente condizionata da fattori ed elementi espressi in ambito scientifico e tecnologico.

In ogni caso, quando vengono rimesse alla Corte costituzionale questioni con un alto grado di scientificità o di complessità tecnica, si presenta il problema di come accertare in modo adeguato gli elementi tecnico-scientifici.

Ora, anche sugli aspetti più tecnici potrebbero essere le parti, anzitutto, a fornire al Giudice delle leggi tutti i dati e tutti gli argomenti utili alla decisione, ma, come lamentava l'allora Vicepresidente Marta Cartabia¹³, esse – a cominciare dalle parti pubbliche – lo fanno solo raramente, né a ciò potevano supplire i c.d. *amici curiae*, che sono stati ammessi a presentare opinioni scritte alla Corte soltanto nel 2020¹⁴.

Per ovviare a queste carenze, la Consulta potrebbe utilizzare le ordinanze istruttorie che – come prevede l'art. 12, sui “Mezzi di prova”, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale¹⁵ – do-

13. M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Rivista di Biodiritto*, n. 2/2017, 11.

14. Anche se il previgente art. 4, co. 3, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale non escludeva «eventuali interventi di altri soggetti, ferma la competenza della Corte a decidere sulla loro ammissibilità» (ammissibilità riconosciuta però solo in pochissimi casi: 24 secondo la ricostruzione di A. PUGIOTTO *Per un'autentica dialettica a Corte*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 366-367). Soltanto con deliberazione dell'8 gennaio 2020 le Norme integrative sono state modificate in modo da prevedere che «nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio» (art. 4, co. 7, che formalizza un orientamento già seguito nella prassi: v., *ex plurimis*, sent. n. 67 del 2012, pt. 3 *Cons. dir.*), e che «1. 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», senza assumere la qualità di parte nel giudizio. «3. Con decreto del Presidente, sentito il giudice relatore, sono ammesse le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità» (art. 4-ter).

15. Prevede, anzitutto, in proposito l'art. 13 della legge n. 87 del 1953 che la Consulta può «disporre l'audizione di testimoni e, anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi, il richiamo di atti o documenti». Specifica, poi, l'art. 12 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale che «la Corte dispone con ordinanza i mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservarsi per la loro assunzione»: tale disposizione, ulteriormente specificata dagli artt. 13 e 14 delle Norme integrative, è dettata per i giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale, ma è applicabile, in considerazione dei rinvii di cui agli artt. 25, 26 e 27 delle medesime Norme, anche ai giudizi sulle leggi introdotti in via principale ed ai giudizi per conflitto di attribuzione. L'art. 14-bis delle Norme integrative, introdotto nel 2020, aggiunge ora che «1. la Corte, ove ritenga

vrebbero proprio servire a scopi di questo genere: ma a tale strumento la Corte ricorre di rado e poco volentieri.

Infatti, a fronte di oltre 20.000 decisioni adottate dal 1956 ad oggi, sono state emanate soltanto 95 ordinanze istruttorie per l'acquisizione di informazioni o di documenti, e quasi mai in giudizi relativi a grandi casi di diritto costituzionale o di giustizia costituzionale¹⁶.

Vi sono svariati motivi che scoraggiano il Giudice delle leggi dall'utilizzare i suoi poteri istruttori¹⁷: da un lato, una certa difficoltà ad individuare i soggetti qualificati – e realmente neutri e disinteressati – a cui chiedere i dati necessari; dall'altro, la possibilità (o comunque il timore) che anche la fase di formulazione dei quesiti tecnici possa presupporre conoscenze specifiche di cui i giudici costituzionali non dispongono. Inoltre, vi è la consapevolezza – anche alla luce dell'esperienza amministrativistica della discrezionalità tecnica – che «la tecnica spesso promette più di quanto possa poi dare»¹⁸: non è quindi detto che, pur esercitando in modo approfondito i poteri istruttori, la Corte costituzionale riceva risposte certe, in grado di risolvere inequivocabilmente il dilemma che deve affrontare. Anzi, vi è il rischio che diventi ancor più delicato prendere posizione tra due o più alternative che potrebbero essere prospettate in via istruttoria dagli esperti interpellati¹⁹. Sullo sfondo, poi, vi è il desiderio della Con-

necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti».

16. 38 di dette ordinanze sono state pronunciate sino al 1986 e sono state pubblicate; invece, le restanti 57, emanate dal 1987 ad oggi, non sono né numerate né pubblicate, ma semplicemente conservate presso la cancelleria della Corte. Da informazioni reperite presso quest'ultima risulta che, del totale delle ordinanze pronunciate, 70 hanno riguardato giudizi di legittimità costituzionale (47 in via incidentale e 23 in via principale) e 25 conflitti di attribuzione, fra enti (19) o fra Poteri dello Stato (6). Su questi strumenti istruttori v. M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in M. D'AMICO - F. BIONDI, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 49 ss., in particolare 57 ss.

17. Per una disamina delle ragioni che, in linea generale, inducono a ritenere inopportuno o, viceversa, opportuno l'esercizio dei poteri istruttori della Corte costituzionale e l'ampliamento del contraddittorio davanti ad essa v. V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale di fronte alle questioni tecniche*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 395 ss.

18. Come da tempo segnalato anche in dottrina: v., per tutti, M. LUCIANI, *I fatti e la Corte. Sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 1061.

19. In effetti, anche la dottrina favorevole ad un uso più diffuso dei poteri istruttori della Corte si rende conto che «la promozione dell'istruttoria costituzionale a momento qualifi-

sulta – segnalato dalla stessa Vicepresidente Marta Cartabia – di non essere eccessivamente condizionata dal dato scientifico in sé considerato, che deve essere integrato dai riferimenti etici, valoriali, competenziali²⁰.

Pertanto, nel campo sanitario la Corte costituzionale non ha mai utilizzato i suoi poteri istruttori per richiedere dati tecnico-scientifici, diversamente da altri ambiti, come quello delle telecomunicazioni e radiofrequenze²¹. Tuttavia, un ruolo significativo è stato giocato dalla c.d. attività istruttoria informale, ossia dall'indagine svolta con strumenti diversi da quelli previsti dalle norme processuali, come la scienza privata dei giudici o le informazioni da loro assunte informalmente (spesso tramite i loro assistenti di studio) presso altri organi pubblici, i quali non sono necessariamente tenuti a fornirle ma tendono ovviamente ad avere un atteggiamento collaborativo (come sperimentato dallo stesso scrivente nella propria esperienza di assistente di studio presso la Corte, anni fa)²².

Questo modo di procedere ha il pregio della massima flessibilità e dell'assenza di impatto pubblico e mediatico, così da non sollecitare troppe aspettative e da non sollevare critiche, ma ha il difetto che non sono verificabili le fonti dalle quali la Corte attinge le informazioni. In ogni caso, non sempre il Giudice delle leggi sceglie di tenere per sé i dati acquisiti informalmente, ma talvolta li riporta nella motivazione, in modo puntuale

cante l'incidenza dei fatti scientifici e tecnologici nel giudizio sulle leggi non è, comunque, esente da insidie e rischi, dal momento che un uso improprio di tale strumento potrebbe favorire l'ingresso di elementi conoscitivi viziati o inattendibili» (Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, 192; nello stesso senso si era espresso già A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, I, 1504).

20. Infatti, «quelle tecniche o scientifiche sono solo una parte delle considerazioni che la Corte deve tenere presenti nel suo deliberare e nel suo argomentare, specie su questioni come quelle che presentano delicati risvolti di natura etica». La libertà di giudizio su questi risvolti «è da preservare anche attraverso il rispetto di forme idonee e procedimenti adeguati per l'acquisizione delle "prove"» (M. CARTABIA, *op. cit.*, 11).

21. V. l'ordinanza 13 luglio 1987, adottata nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale concluso con la sentenza n. 826 del 1988.

22. E come confermato da M. CARTABIA, *op. cit.*, 12; cfr. anche M. LUCIANI, *op. cit.*, 1045 ss., e T. GROPPi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997, 260. Inoltre eventuali relazioni, articoli, memorandum sottoposti da studiosi o istituzioni pubbliche e private tendono ad essere informalmente tenuti in considerazione dai giudici costituzionali. Riguardo a profili di carattere trasversale, come gli effetti finanziari delle emanande pronunce costituzionali o l'armonizzazione delle stesse con gli orientamenti delle Corti sovranazionali, si può invece parlare di attività istruttoria "interna", in quanto svolta da parte di appositi uffici della Corte costituzionale, come ad esempio l'Ufficio Studi.

o sotto forma di “fatti notori”²³, offrendoli al dibattito pubblico. Nella recente sentenza n. 5 del 2018 sulle vaccinazioni obbligatorie, ad esempio, risulta chiaramente che la Consulta ha potuto utilizzare l’istruttoria svoltasi in sede di conversione del decreto-legge n. 73 del 2017 ed i dati scientifici raccolti dal Parlamento.

Resta il fatto che gli stessi giudici costituzionali si rendevano conto che gli strumenti conoscitivi a disposizione della Corte non erano pienamente soddisfacenti²⁴, per cui nel 2020 è stata decisa l’apertura al contributo degli *amici curiae* ed all’audizione di esperti di chiara fama²⁵.

2. *I capisaldi della giurisprudenza costituzionale concernente le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*

Analizzando la giurisprudenza costituzionale (anche alla luce degli spunti forniti da altri studiosi²⁶), è possibile ricostruirne i capisaldi ri-

23. Come, ad esempio, nella sentenza n. 162 del 2014 in tema di fecondazione eterologa, in cui si sostiene che la donazione di gameti, «alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta, inoltre, rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica, purché eseguita all’interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell’osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati» (pt. 9 *Cons. dir.*).

24. Cfr. M. CARTABIA, *op. cit.*, 12; N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in M. D’AMICO - F. BIONDI (a cura di), *op. cit.*, 15-16.

25. Come illustrato nelle precedenti note 14 e 15.

26. Fra gli autori che hanno analizzato, in termini generali e non con specifico riguardo alla materia sanitaria, la giurisprudenza costituzionale (italiana) relativa alle questioni tecnico-scientifiche si segnalano: M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 23 ss.; R. BIN, *op. cit.*, 5 ss.; Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, 163 ss.; E. CHELI, *op. cit.*; 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), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 237 ss.; ID., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit.; M. D’AMICO, *Scienza e diritti nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, vol. I, 718 ss.; 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*, cit., 91 ss.; S. PENASA, *La “ragionevolezza scientifica” delle leggi*, cit., 817 ss.; ID., *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 271 ss.; P. VERONESI, *op. cit.*, 591 ss.; cui *adde*, con riferimento all’ambito sanitario, A. D’ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all’autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio “Gianfranco Mor” sul diritto regionale*, Milano, 2011, 15 ss.,

guardo alle questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria, tenendo presente, come si è detto, che la Consulta ragiona in termini giuridici ma non rinuncia, sia pure in via (finora) informale, ad acquisire dati tecnico-scientifici.

2.1 *Il riconoscimento a favore del legislatore della competenza a disciplinare le fattispecie scientificamente rilevanti*

Il primo punto fermo è che la Corte lascia al legislatore il compito di disciplinare le fattispecie scientificamente rilevanti. C'è, invero, uno spazio che deve essere necessariamente riservato agli organi tecnici preposti al settore (come vedremo meglio in seguito), ma, in generale, al legislatore è riconosciuta la piena – e in alcuni casi esclusiva – competenza a disciplinare una fattispecie in cui occorra tenere conto di valutazioni, dati, elementi tecnico-scientifici. Inoltre la Consulta, di norma, assume un atteggiamento di presunzione – seppure *iuris tantum* – dell'adeguatezza della legge regolatrice di una tale fattispecie.

Tra gli esempi più noti si può ricordare la sentenza n. 52 del 1985 sulla disciplina delle assunzioni obbligatorie di invalidi e disabili dettata dalla legge n. 482 del 1968. Nella motivazione si afferma che è il legislatore ad essere «chiamato ad apprestare adeguati rimedi» agli effetti distorsivi del sistema, tenendo conto

– con la scorta della scienza specifica e della relativa letteratura – [del]le intersezioni e le interconnessioni, non sempre scerverabili, tra inabilità fisica e minorazioni d'ordine psichico (pt. 4 *Cons. dir.*)

e

operando valide e meditate scelte normative sulla base degli opportuni rilevamenti e apprezzamenti tecnici e, nell'ambito di soluzioni le più confacenti e idonee ancorché diversificate, nella coerenza del razionale esercizio di un potere che al detto legislatore, e ad esso solo, compete, con una normazione esaustiva volta a rispondere alle varie esigenze [...] prospettate e – in ogni caso – ad attuare i precetti costituzionali. Non è dato, infatti, alla Corte operare scelte in tal senso nella sfera, cioè, di complessi necessariamente articolati, la cui ovvia, meditata

nonché A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, *ivi*, 51 ss.

estensione è di per sé dimostrativa dell'esigenza di una serie di previsioni che soltanto il legislatore può effettuare compiutamente (pt. 6 *Cons. dir.*).

In seguito, nella sentenza n. 185 del 1998 sulla “terapia Di Bella”, si inaugura il filone giurisprudenziale che sottolinea come le valutazioni scientifiche spettino, innanzitutto, ai competenti organi tecnici, aspetto che la Corte ha poi sviluppato a partire dalla sentenza n. 282 del 2002²⁷. Nella decisione n. 185, dunque, la Consulta sottolinea che

non è chiamata a pronunciarsi, in alcun modo, circa gli effetti e l'efficacia terapeutica del trattamento, per il cui accertamento è in corso la sperimentazione [...]. Non è chiamata, né potrebbe esserlo, a sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici. [...] La Corte è chiamata a pronunciarsi, sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza, in riferimento al diritto alla salute» (pt. 8 *Cons. dir.*).

Infatti, avendo il legislatore autorizzato l'utilizzo immediato dei medicinali del trattamento Di Bella anche a favore di soggetti non coinvolti nella sperimentazione gratuita degli stessi, aveva compiuto «un “fatto legislativo” che ha una sua oggettività, tale da differenziarlo da un qualsiasi mero “fatto sociale” spontaneo», di cui la Corte doveva tener conto nel valutare il rispetto del principio di uguaglianza (pt. 9 *Cons. dir.*)²⁸. In ogni caso – per rimarcare che il legislatore, pur potendo intervenire, doveva tener conto dei profili tecnico-scientifici – la Consulta ha aggiunto che

27. V. *infra* il par. 2.3.

28. Infatti, «nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative [...] va considerato che dalla disciplina della sperimentazione così prevista, scaturiscono indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute». Perciò, «non può ammettersi, in forza del principio di uguaglianza, che il concreto godimento di tale diritto fondamentale dipenda [...] dalle diverse condizioni economiche» dei pazienti (pt. 9 *Cons. dir.*). Conseguentemente, la normativa risultava illegittima nella parte in cui non prevedeva l'erogazione gratuita, ad opera del Servizio sanitario nazionale, dei farmaci del trattamento Di Bella anche ai soggetti affetti da patologie tumorali analoghe a quelle dei pazienti sottoposti a sperimentazione, che versassero in condizioni di insufficiente disponibilità economica e per i quali non esistessero valide alternative terapeutiche. In merito v., *ex plurimis*, A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul “caso Di Bella”*, in *Giur. cost.*, 1998, 1510 ss.; E. CASTORINA, *Riflessioni sul contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute: la sperimentazione terapeutica di farmaci ed il «rispetto della persona umana»*, *ivi*, 2525 ss.; T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra «fatto legislativo» e «fatto sociale»*, *ivi*, 2802 ss.

la scelta legislativa di anticipare l'utilizzo di farmaci sperimentali, e la fornitura gratuita degli stessi, potevano rimanere in vigore solo «fino al momento in cui [fosse stato] possibile disporre di dati scientificamente attendibili» (pt. 10 c) *Cons. dir.*).

Va ricordata anche la sentenza di rigetto n. 84 del 2016, in cui la Corte, preso atto della mancanza di consenso nel mondo scientifico circa l'utilizzo di embrioni per la ricerca, ritiene necessario che sia il legislatore ad individuare la soluzione maggiormente capace di bilanciare le opposte esigenze di «tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)» (pt. 8.2.1 *Cons. dir.*). Tale “delega” al legislatore è, tuttavia, accompagnata dall'invito a tenere conto delle «evidenze scientifiche» «e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale» (pt. 11 *Cons. dir.*)²⁹.

Da ultimo, nel giudizio conclusosi con la sentenza n. 5 del 2018, la Corte costituzionale ha rilevato che le questioni sollevate dalla Regione Veneto

non mettevano in discussione l'efficacia delle vaccinazioni – attestata dalle istituzioni a ciò deputate (Organizzazione mondiale della sanità; Istituto superiore di sanità) e da una lunga serie di piani nazionali vaccinali – ma la loro obbligatorietà, sospesa dalla Regione Veneto con una legge del 2007 che aveva introdotto un sistema di prevenzione delle malattie infettive basato solo sulla persuasione³⁰.

Nella sentenza, comunque, sono state puntualmente indicate svariate organizzazioni considerate idonee a fornire dati sicuri e attendibili, che peraltro la Corte ha reperito autonomamente e non tramite istruttoria formale.

Riguardo alle vaccinazioni, la Consulta ha riconosciuto inoltre che la determinazione della loro obbligatorietà «chiama in causa prevalentemente i principi fondamentali in materia di “tutela della salute”» – attenendo al dovere della salute ed alla tutela della salute altrui, in particolare di coloro che non possono vaccinarsi – e che «ragioni logiche, prima che giuridiche, rendono necessario un intervento del legislatore statale», che le Regioni sono vincolate a rispettare in ogni previsione (pt. 7.2.2 *Cons. dir.*). Pertanto, in tale campo,

29. Su tale pronuncia v. 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 *Rivista di Biodiritto*, n. 2/2016, 245 ss.

30. Come specificato nel comunicato della Corte del 22 novembre 2017 “Obbligo dei vaccini legittimo nel contesto attuale”.

le attribuzioni regionali recedono, dovendosi peraltro rilevare che esse continuano a trovare spazi non indifferenti di espressione, ad esempio con riguardo all'organizzazione dei servizi sanitari e all'identificazione degli organi competenti a verificare e sanzionare le violazioni (pt. 7.2.5 *Cons. dir.*).

2.2 *La conseguente delimitazione del sindacato costituzionale sull'operato del legislatore*

Se il primo punto fermo nella presente ricostruzione è rappresentato dal fatto che la Corte costituzionale affida al legislatore il compito di reperire e utilizzare adeguatamente i dati tecnico-scientifici nel disciplinare una materia, il secondo è che la Consulta non si sottrae alla possibilità di sindacare l'uso che il legislatore ha fatto di quei dati³¹.

Tale facoltà viene, tuttavia, esercitata solo in presenza di una evidente irragionevolezza, che può configurarsi alla luce di "sicuri" riferimenti scientifici contrastanti o quando dalla disciplina emerge in maniera inequivocabile che quei dati sono stati assunti in modo assolutamente improprio e scientificamente fuorviante³².

In proposito la pronuncia-manifesto è la sentenza n. 114 del 1998, concernente la dubbia fondatezza scientifica della distinzione prevista dagli artt. 94 e 95 del codice penale fra l'"abitudine" nell'ubriachezza e nell'uso di sostanze stupefacenti (che implica un aggravamento di pena) e la "cronica" intossicazione da alcool e droghe (che conduce alla non imputabilità), a cui non corrisponde però la palese irragionevolezza della disciplina legislativa³³.

31. Per usare le parole della Corte, «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene "primariamente alla valutazione del legislatore" (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano» (sentenza n. 162 del 2014, pt. 5 *Cons. dir.*).

32. Al riguardo la Corte costituzionale riprende l'orientamento giurisprudenziale tedesco secondo cui «la presunzione di verità» opera a favore del legislatore «solo sin dove fondamenti empirici, considerazioni e valutazioni non siano smentiti» palesemente e in concreto (R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 331-332; P. VERONESI, *op. cit.*, 594).

33. È vero, infatti, che «la disciplina legislativa vigente per la materia in esame non trova nella dottrina psichiatrica e medico-legale una base sicura» (pt. 5 *Cons. dir.*). Tuttavia, «ad onta delle incertezze espresse nella dottrina medico-legale e delle richieste di innovazioni legislative fortemente presenti nella dottrina penalistica, la giurisprudenza ordinaria, segnatamente la giurisprudenza di legittimità, si è attestata da alcuni decenni e senza

Invece, in tema di cambiamento anagrafico di sesso, previsto e disciplinato dalla legge n. 164 del 1982, «il legislatore ha preso atto d[ella] situazione, nei termini prospettati dalla scienza medica, per dettare le norme idonee», esercitando in modo adeguato il proprio potere e accogliendo,

sulla scorta dei cennati elementi conoscitivi [...], un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato» (sentenza n. 161 del 1985, pt. 4 *Cons. dir.*).

Diversamente, nella serie di pronunce in tema di pensione privilegiata che prende avvio dalle ordinanze n. 300 del 2001 e n. 246 del 2003 e sfocia poi nella sentenza n. 323 del 2008, la Corte – dopo aver inizialmente affermato che «la scelta di prorogare i termini [di presentazione della domanda rispetto ai cinque anni ordinariamente previsti] per l'una o l'altra malattia, sulla base di sicuri dati scientifici, appartiene indubbiamente alla discrezionalità del legislatore» – successivamente, di fronte ad una questione meglio formulata dal giudice remittente ed all'evoluzione delle conoscenze mediche, ha dichiarato irragionevole che tali termini siano fatti sempre decorrere dalla cessazione del servizio e non, in certi casi, dal momento successivo in cui si manifestano i sintomi morbosi.

Si possono ricordare anche le sentenze n. 438 e n. 439 del 1995, in tema di differimento assoluto della pena detentiva ovvero di divieto della custodia cautelare in carcere per le persone affette da AIDS, in cui la Consulta sottolinea, attingendo a dati scientifici acquisiti informalmente, che quella in esame rappresenta

una disciplina, già in sé fortemente discussa sul piano della validità delle stesse premesse scientifiche da cui muove (sentenza n. 438, pt. 2 *Cons. dir.*)

e

priva di adeguato fondamento e tale, dunque, da rendere del tutto evanescente la razionalità di una norma dalla cui concreta applicazione possono pertanto

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 (pt. 6 *Cons. dir.*). Ed «è d'altra parte opportuno, proprio in relazione al sistema di rigore instaurato con la sancita irrilevanza penale dello stato tossico acuto, l'aver espressamente escluso che una intossicazione cronica, e cioè non più dominabile dal soggetto, possa dar vita a quella severa purificazione» (pt. 7 *Cons. dir.*). Su tale pronuncia v. L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, 975 ss.

generarsi inaccettabili disparità di trattamento e, di riflesso, la compromissione di [...] altri valori (sentenza n. 438, pt. 3 *Cons. dir.*; analoga la sentenza n. 439, pt. 3 *Cons. dir.*).

Possiamo constatare un'assonanza di questo orientamento giurisprudenziale, che limita alle ipotesi di manifesta irragionevolezza il sindacato sull'esercizio della potestà legislativa, con quello seguito nei casi di conflitto di attribuzione fra Poteri dello Stato, in cui la Corte cerca di sindacare solo la manifesta irragionevolezza nell'uso delle attribuzioni, senza entrare nel merito delle scelte effettuate dagli organi litiganti. La stessa cosa avviene anche nella giurisprudenza sull'assenza dei presupposti dei decreti-legge, che fa leva su una mancanza che dev'essere manifesta ed evidente³⁴.

D'altra parte, la Corte costituzionale valuta l'irragionevolezza – o, più spesso, la non manifesta irragionevolezza – dell'utilizzo dei dati scientifici da parte del legislatore alla luce dello stato attuale delle conoscenze al riguardo³⁵. «In questa prospettiva di valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario», la Consulta ha espresso un particolare apprezzamento per una previsione introdotta in sede di conversione del decreto-legge n. 73 del 2017 sulle vaccinazioni obbligatorie: quella che è stata chiamata “clausola di flessibilizzazione” o di “necessario aggiornamento” dell'obbligo vaccinale³⁶. Nello specifico, si dispone il monitoraggio dei dati epidemiologici, delle eventuali reazioni avverse segnalate, delle coperture vaccinali raggiunte e se ne consente una valutazione alla luce dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche sulle vaccinazioni e sui loro effetti. Dopo tre anni, ove emergano nuovi elementi scientifici o nuovi

34. Cfr. P. VERONESI, *op. cit.*, 596.

35. Così, nella sentenza n. 151 del 2009 in tema di fecondazione assistita, la previsione legislativa del necessario e contemporaneo impianto degli embrioni, comunque mai superiori a tre, è stata ritenuta eccedente rispetto alla discrezionalità di cui gode il legislatore – e quindi irragionevole nonché lesiva del principio di uguaglianza e del diritto alla salute della donna – poiché «non riconosce[va] al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto» (pt. 6.1 *Cons. dir.*).

36. In merito v. A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, n. 1/2018.

dati epidemiologici, è possibile disporre la cessazione dell'obbligatorietà per quattro delle dieci vaccinazioni rese obbligatorie³⁷.

Questo elemento di flessibilizzazione della normativa, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate, denota 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. [...] Analoghe variazioni nelle condizioni epidemiologiche [...] potrebbero suggerire al legislatore un analogo meccanismo di allentamento del grado di coazione esercitabile anche in riferimento alle sei vaccinazioni [ulteriormente previste] (sentenza n. 5 del 2018, pt. 8.2.5 *Cons. dir.*).

2.3 *L'ambito di autonomia riconosciuto alla scienza medica*

Un terzo caposaldo della giurisprudenza costituzionale è dato dal riconoscimento a favore della scienza medica di un ambito di autonomia, rispetto sia alla discrezionalità del legislatore che ai poteri dell'autorità giudiziaria, oltre che in relazione al proprio stesso sindacato.

È stata soprattutto la sentenza n. 282 del 2002 a chiarire i confini di tale autonomia, tanto che in dottrina si è parlato di «decisione “modello”», in quanto conterrebbe «una sorta di *guide-line* degli interventi legislativi in merito alla pratica medica e terapeutica»³⁸. Ma il principio era stato affermato già nelle pronunce sul trattamento Di Bella (n. 185 del 1998, n. 121 del 1999 e n. 188 del 2000). Nella seconda, in particolare, veniva sottolineato che anche l'autorità giudiziaria è tenuta a rispettare gli spazi riservati alla scienza medica nel determinare cause ed effetti di carattere scientifico.

37. Con decreto del Ministro della Salute, sentiti il Consiglio superiore di sanità, l'Agenzia italiana del farmaco, l'Istituto superiore di sanità, la Conferenza Stato-Regioni e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari. Riguardo a questa ipotesi di delegificazione, peraltro, possono sorgere dubbi alla luce della riserva di legge stabilita dall'art. 32, 2° comma, Cost., ove sia ritenuta una riserva assoluta, oltre che rinforzata dal rispetto della persona umana (in tal senso P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 385; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 28 ss.), invece che una riserva relativa (come per M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 10; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 309; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1984, 558; E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, 181).

38. A. D'ALOIA, *Tutela della salute*, cit., 19.

Il principio è stato riaffermato e precisato nelle sentenze n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003, concernenti due questioni di legittimità costituzionale sollevate in via principale dal Governo avverso, rispettivamente, una legge della Regione Marche ed una della Regione Toscana che stabilivano, in via precauzionale e fino a quando non fossero stati forniti elementi scientifici sicuri circa l'assenza di effetti negativi, il divieto di utilizzo della terapia elettroconvulsivante (ossia dell'*elettroshock*). La Corte costituzionale sottolinea che «la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali che sono in continua evoluzione»: quindi i soggetti direttamente coinvolti in tale attività sono i più adeguati a determinare, nel rispetto delle regole della deontologia professionale, quali siano le pratiche terapeutiche più opportune. Pertanto

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 (sentenza n. 282 cit., pt. 4 *Cons. dir.*; conf. sentenza n. 151 del 2009, pt. 6.1 *Cons. dir.*).

Quindi non è «di norma» il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali sono le pratiche terapeutiche ammesse o non ammesse, neanche ove lo stesso invochi il principio di precauzione³⁹. Occorre, invece, che egli faccia proprie le valutazioni dei competenti organi tecnico-scientifici, riconoscendo inoltre, nei casi concreti, spazi di autonomia ai singoli medici. Per questo, in dottrina, si è parlato di un “vincolo modale” che graverebbe su di lui⁴⁰.

La Consulta aggiunge, comunque, una sorta di clausola di salvaguardia, affermando che, «qualora entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali» oltre a quello alla salute – o comunque vi siano situazioni in cui lo stato di incertezza scientifica legittimi un suo intervento anche nel merito delle scelte terapeutiche –, il legislatore può dettare proprie norme, ma non del tutto discrezionalmente bensì sulla base delle acquisizioni scientifiche accertate o accertabili (sentenza n. 185 del 1998, pt. 5 *Cons. dir.*).

39. È stato quindi evidenziato in dottrina come la Corte abbia tracciato «una nitida riga di confine tra attività medica e attività normativa, tenendo solidamente distinti i due settori» (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, 1456). In senso critico v. A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze fra Stato e regioni*, in *Foro it.*, 2003, I, 408 ss.

40. A. D'ALOIA, voce *Biodiritto*, cit., 56.

In materia di fecondazione assistita il Giudice delle leggi è intervenuto con le successive sentenze nn. 151 del 2009, 8 del 2011 e 162 del 2014, modificando in modo rilevante la legge n. 40 del 2004. In tutti questi casi la Consulta ha messo in discussione non l'*an* dell'intervento legislativo⁴¹ ma il *quomodo* delle scelte operate, fundamentalmente perché i limiti stabiliti dal legislatore, nella loro rigidità applicativa, si erano rivelati privi di un chiaro fondamento scientifico e, invece, frutto di valutazioni di discrezionalità politico-legislativa. Venendo meno al già citato dovere di tener conto, salvo particolari e specifiche esigenze, delle acquisizioni tecnico-scientifiche allo stato disponibili, la rigidità di questi criteri – ad avviso della Corte non scientificamente provati – si ripercuoteva negativamente sia sul canone di ragionevolezza, violando l'art. 3 Cost., sia sul diritto alla salute⁴².

2.4 *L'ammissione di interventi provvisori del legislatore*

Un ulteriore punto fermo è che, in presenza di «circostanze peculiari ed eccezionali e di un anomalo contesto» e per proteggere interessi costituzionalmente rilevanti (sentenza n. 274 del 2014 sul “caso Stamina”, ma nello stesso senso anche la sentenza n. 185 del 1998 sul “caso Di Bella”), la Corte costituzionale ammette una deroga – temporalmente circoscritta – all'operatività del principio, già ricordato, secondo il quale il legislatore deve tenere conto dei dati tecnico-scientifici allo stato disponibili, senza sostituire ad essi le proprie valutazioni discrezionali.

Analogamente, nella sentenza n. 85 del 2013, il decreto-legge n. 207 del 2012 che regolava l'attività dell'Ilva di Taranto non è stato ritenuto incostituzionale perché, sulla base «delle migliori tecnologie disponibili», proponeva un bilanciamento non irragionevole, individuando

un nuovo punto di equilibrio, che consente [...] la prosecuzione dell'attività produttiva a diverse condizioni, nell'ambito delle quali l'attività stessa deve essere

41. Anzi, ha evidenziato che la legge n. 40 costituisce la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore ... che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa»; quindi, sotto questo profilo, tale legge è «costituzionalmente necessaria», anche se non ha contenuto costituzionalmente vincolato (sentenza n. 45 del 2005, pt. 6 *Cons. dir.*; sentenza n. 162 del 2014, pt. 11 *Cons. dir.*).

42. Tali pronunce hanno suscitato in dottrina, oltre a commenti adesivi, anche rilievi critici: cfr., ad esempio, A. MORRONE, *op. cit.*, 1 ss. e, in termini più sfumati, A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi.it*, n. 10/2016.

ritenuta lecita nello spazio temporale massimo (36 mesi), considerato dal legislatore necessario e sufficiente a rimuovere, anche con investimenti straordinari da parte dell'impresa interessata, le cause dell'inquinamento ambientale e dei pericoli conseguenti per la salute delle popolazioni (pt. 10.2 *Cons. dir.*)⁴³.

2.5 *L'interpretazione scientificamente conforme di nozioni medico-scientifiche utilizzate dal legislatore*

Benché non sia un orientamento consolidato come i precedenti, va segnalata anche l'adozione da parte della Consulta di una interpretazione scientificamente (e dunque costituzionalmente) orientata di definizioni legislative di concetti di natura medico-scientifica.

In particolare, nella sentenza n. 414 del 1995, la Corte ha dovuto esprimersi sulla "scelta" tra due criteri per stabilire quando intervenga la morte (e, quindi, non ci si trovi più di fronte ad una persona umana, bensì ad un cadavere): la cessazione delle funzioni superiori (ex art. 589 cod. pen.) e quella dell'attività cerebrale (ai sensi della legge n. 578 del 1993). Al riguardo la Consulta ha ritenuto adattabile – in via interpretativa – il termine «morte» contenuto nell'art. 589 cod. pen. alle «più recenti acquisizioni della scienza medica», ritenendo che «i dati della scienza medica» possano e debbano essere ponderati con il «complesso quadro dei valori di riferimento» (pt. 3 *Cons. dir.*), rappresentati nel caso di specie da «solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del concetto di decesso, certezza della irreversibilità di estinzione della persona)» (pt. 4 *Cons. dir.*). Inoltre, il legislatore deve garantire che il «prudente apprezzamento» compiuto in proposito rispetti il principio di coerenza interna («in sintonia altresì con le altre norme dell'ordinamento») ed anche quello di coerenza esterna⁴⁴, rispetto tanto ai «principi deontologici» quanto al «comune sentire» (pt. 3 *Cons. dir.*)⁴⁵.

43. Su tale pronuncia v., *ex plurimis*, R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali?*, in *Forum Quad. cost.*, 2013; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013; 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.

44. Su tale duplice coerenza richiesta al legislatore, e sindacata dalla Corte, v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 145 ss.

45. Su tale sentenza v. D. PULITANÒ, *Biodiritto e diritto penale*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, vol. 1, *Ambito e fonti del biodiritto*, 645 ss.

2.6 *La dipendenza (anche) dai dati statistici e dalle cognizioni medico-scientifiche dei requisiti di necessità ed urgenza dei decreti-legge*

Un altro aspetto che sta emergendo nella giurisprudenza costituzionale è la circostanza che i dati scientifici e la loro importanza sembrano condizionare, ormai, persino la sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza dei decreti-legge.

Infatti, nella sentenza n. 5 del 2018 sulle vaccinazioni la Consulta afferma che l'apprezzamento dell'urgenza o meno di provvedere in materia di coperture vaccinali «rientri nella discrezionalità – e nella responsabilità politica – degli organi di governo» e lascia intendere che, alla luce dei dati pubblici disponibili, la scelta operata nel 2017 non può definirsi arbitraria e irragionevole, come invece affermava la Regione Veneto (pt. da 6.1 a 6.4 *Cons. dir.*).

2.7 *Il rifugio nella mancata decisione*

Va infine segnalato che, in non pochi casi, la Corte costituzionale preferisce decidere di... non decidere, manifestando una tendenza ad utilizzare le pronunce di inammissibilità come *escamotage* per non prendere posizione su questioni, scientificamente controverse, di particolare rilevanza politica o eticamente divisive (e che magari hanno diviso al suo interno anche la Corte).

L'esempio forse più evidente è offerto dall'ordinanza n. 369 del 2006, sul divieto di diagnosi preimpianto stabilito dalla legge n. 40 del 2004, nella quale è stata ravvisata «la disapplicazione di regole inerenti ai giudizi costituzionali e la “rimozione” di significativi precedenti giurisprudenziali» al fine di realizzare una «selezione discrezionale dei casi su cui decidere»⁴⁶.

3. *Considerazioni conclusive*

Come si è visto, la Corte costituzionale è costretta da tempo a relazionarsi con il dato tecnico-scientifico in materia sanitaria.

46. In tal senso A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità costituzionale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, in *Forum Quad. cost.*, 2006, 2; A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche*, cit., 115-116. Cfr. A. CELOTTO, *La Corte costituzionale “decide di non decidere” sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, 3846 ss.; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giur. cost.*, 2006, 3859 ss.

Alla luce soprattutto delle pronunce degli ultimi anni (in particolare in materia di fecondazione assistita) parte della dottrina ha rilevato, criticamente, che l'orientamento della Corte sarebbe appiattito sul dato scientifico, oltre tutto reperito in modo sostanzialmente non controllabile e senza un riscontro chiaro⁴⁷, mentre altri, adesivamente, sottolineano che – essendo la scienza (intesa come letteratura medico-scientifica condivisa) a definire ciò che favorisce o che nuoce al nostro benessere, «riempiendo di contenuto concreto, per così dire, la formula dell'art. 32 Cost.» – correttamente essa, oltre che assumere la funzione di indicatore della “ragionevolezza scientifica” di una legge⁴⁸, giunge «a svolgere un ruolo [...] di parametro interposto di costituzionalità, che rappresenta una terza via, intermedia tra semplice ausilio del legislatore e parametro pieno di costituzionalità»⁴⁹.

In realtà, si può notare come nella giurisprudenza costituzionale «il dato scientifico raramente [sia] posto in primo piano», mentre, piuttosto, si «cerca di ricondurre, ogni volta che [si] può, la soluzione della questione a ragioni giuridiche»⁵⁰, prestando particolare attenzione, altresì, alle diverse sensibilità etiche presenti nella società⁵¹. Così, sfruttando anche le

47. V., per tutti, A. MORRONE, *op. cit.*, secondo cui – come già ricordato – è stato affermato il principio che *ubi scientia ibi iura*, Riguardo ad un aspetto specifico della sentenza n. 5/2018 cfr. anche A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni*, cit., 92-93, che critica la Consulta dove sembra assegnare (nel pt. 8.2.4 *Cons. dir.*) ai concetti giuridici di “raccomandazione” e di “obbligo” un’accezione mutuata dalla scienza medica, «che finisce per determinare un’ibridazione di [tali] concetti» e per riconoscere un «ruolo eccessivo» a quella scienza.

48. Cfr. S. PENASA, *La “ragionevolezza scientifica” delle leggi*, cit., 817 ss.; ID., *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 284 ss.

49. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 8 ss., che peraltro sottolinea che «far dipendere dalla letteratura medica altri profili della decisione, come l’esito complessivo del bilanciamento di interessi, significherebbe andare oltre l’ambito ad essa “riservato”, tradendo così un principio che potremmo definire di “sussidiarietà scientifica” in cui ad ogni sapere spetta dare indicazioni all’interno del “territorio” che ad esso compete ed in cui può esprimersi con maggior efficacia e idoneità».

50. A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche*, cit., 117; cfr. P. VERNESI, *op. cit.*, 598 ss. Ed infatti, come già ricordato, fra le ragioni che inducono la Consulta a non utilizzare i formali poteri istruttori di cui dispone vi è – per ammissione della stessa Vicepresidente Marta Cartabia – anche l’esigenza di non farsi condizionare troppo dai dati scientifici acquisiti.

51. Su questo aspetto si sofferma, in particolare, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza n. 84 del 2016*, in *Rivista di Biodiritto*, n. 2/2016, 157 ss.

diverse tecniche decisorie a sua disposizione, il Giudice delle leggi tende ad inserire il dato scientifico in una complessa e complessiva valutazione valoriale e costituzionale. In alcuni casi, poi, il richiamo a quel dato sembra più una clausola di stile o un argomento *ad abundantiam*, essendoci già nella motivazione gli elementi giuridico-costituzionali che inducono ad adottare una certa scelta.

Questo atteggiamento della Corte costituzionale, peraltro, si colloca – consolidandolo – in un contesto in cui la legge non risulta più lo strumento esclusivo di regolamentazione e di tutela degli interessi coinvolti (essendo affiancata dalla giurisprudenza, dalla deontologia e dal “formante” tecnico-scientifico)⁵² ed in cui, d’altro lato, la riflessione su questi temi non avviene più soltanto tra le *élites* culturali (segnatamente, giuristi e scienziati), ma si sviluppa sempre più con l’intermediazione e la spettacolarizzazione dei *mass media*⁵³.

In questo quadro, il punto di equilibrio individuato dalla Consulta nel bilanciamento tra la funzione di conoscenza in ambito sanitario, propria della scienza, e la funzione di decisione svolta dagli organi pubblici, cui spetta il compito di adottare le leggi, si può sintetizzare nella autonomia della scienza medica e delle professioni chiamate ad applicarla, cui si contrappone, ai fini della tutela dei diritti e dei doveri costituzionali, il potere di regolamentazione del legislatore, che tuttavia non dispone di una piena discrezionalità politica, ma è tenuto a misurarsi con lo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali, così come con le sensibilità etiche presenti nella società.

D’altra parte, il principio di ragionevolezza – canone fondamentale utilizzato dalla Corte costituzionale nell’ambito sanitario – tende ad orientare la scienza medica e il diritto non verso la contrapposizione, ma verso la complementarietà e la reciproca integrazione, che sono destinate a rafforzare la legittimazione tanto dell’una quanto dell’altro⁵⁴.

52. Cfr., per tutti, S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 322 e le sentenze costituzionali n. 282 del 2002, n. 151 del 2009 e n. 5 del 2018.

53. Cfr., per tutti, G. DEMURO, *op. cit.*, 5; S. RISTUCCIA, *Mappa delle culture e scienze sociali*, in J. KAGAN (a cura di), *Le Tre culture*, Milano, 2013, *passim*.

54. Cfr. E. CHELI, *op. cit.*, 8.

Barbara Gagliardi

Il sindacato del giudice costituzionale sull'organizzazione sanitaria tra autonomia regionale e diritto alla salute

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'organizzazione sanitaria tra legge statale e legge regionale. – 2. I principi in materia di tutela della salute. – 3. Spesa sanitaria e principi di coordinamento della finanza pubblica. – 4. L'ordinamento civile. – 5. Organizzazione sanitaria e principio del concorso pubblico. – 6. Conclusioni: il ruolo della Corte costituzionale a contenimento delle diseguglianze territoriali.

1. *Introduzione: l'organizzazione sanitaria tra legge statale e legge regionale*

L'analisi della giurisprudenza costituzionale in tema di organizzazione sanitaria si incentra di necessità sul contenzioso in materia di riparto delle competenze legislative e, pertanto, su un sindacato che è prevalentemente per violazione dell'art. 117 della Costituzione, ferma restando la legittimazione dello Stato a invocare nel controllo di legittimità sulle leggi regionali anche altri parametri, primi fra tutti i principi in materia di organizzazione pubblica (artt. 97 e 98, Cost.).

L'organizzazione sanitaria non afferisce soltanto alla “tutela della salute”, cioè all'ambito di potestà concorrente di cui all'art. 117, c. 3°, Cost., ma a un coacervo di materie elencate dalla Costituzione: alcune come oggetto di competenza legislativa esclusiva statale, come la profilassi internazionale¹, i livelli essenziali di assistenza², l'ordinamento civile; altre attribuite alla competenza concorrente, come le professioni³, il coordina-

1. Citata ad es. a fondamento di norme di polizia veterinaria da Corte cost., 13 giugno 2014, n. 173, oppure per l'obbligo vaccinale in Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5.

2. Ad es. si veda da ultimo Corte cost., 2 novembre 2017, n. 231, per l'attinenza ai livelli essenziali di assistenza di questioni relative al personale delle professioni sanitarie.

3. Viola i principi statali in materia di professioni una legge regionale che riserva lo svolgimento di prestazioni di «mantenimento di efficienza fisica, socializzazione e prevenzione» ai laureati ISEF omettendo i fisioterapisti: Corte cost., 23 aprile 2018, n. 172; *idem* per una legge regionale che istituisce il “clown di corsia”: Corte cost., 6

mento della finanza pubblica e l'alimentazione. Non può inoltre trascurarsi la competenza c.d. "residuale" regionale sulla propria organizzazione amministrativa, che si correla al carattere delle aziende sanitarie di enti strumentali delle regioni medesime. Tutto ciò senza far menzione della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente, ove, come noto, la rilevanza costituzionale del bene "ambiente" ha trovato storicamente fondamento nel riconoscimento del diritto alla salute e a un ambiente "salubre" (art. 32, Cost.)⁴.

La stessa disciplina dell'organizzazione sanitaria si correla d'altra parte strettamente alla tutela dei diritti "umani"⁵, o "fondamentali" che siano – primo fra tutti quello alla salute⁶, ma anche alla dignità e all'autodeterminazione individuale – diritti tutti che l'ordinamento assicura in concreto attraverso le prestazioni di servizio pubblico⁷ erogate dalle organizzazioni pubbliche e private del servizio sanitario nazionale, secondo norme di organizzazione poste anzitutto dalla legge in virtù della riserva relativa di cui all'art. 97, c. 2°, Cost. È di tutta evidenza che tali norme determinano le modalità di erogazione delle prestazioni, e dunque incidono sulla loro qualità e capacità di assicurare l'effettività dei diritti la cui soddisfazione è compito delle istituzioni della Repubblica⁸.

dicembre 2018, n. 228; ancora Corte cost., 15 maggio 2014, n. 126 relativa ai medici specializzandi.

4. In tema si veda R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, Torino, 2007, 70 ss.

5. Da ultimo in tal senso A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 22 ss.; ID., *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 127 ss.

6. Come si legge in Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383, relativa al diritto all'istruzione e ai limiti derivanti dal c.d. numero chiuso: «Organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione», sicché l'analisi dell'organizzazione deve sempre «considerarsi anche sul suo lato funzionale esterno, coinvolgente i diritti e incidente su di essi».

7. In tema si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN - B. GAGLIARDI, *Doveri, obblighi e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale*, in *I diritti sociali come diritti della personalità*, a cura di R. Cavallo Perin, L. Lenti, G.M. Racca e A. Rossi, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, 13 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici locali*, Jovene, Napoli, 1993, 55 ss.; A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu, A. Romano e V. Spagnuolo Vigorita, Giuffrè, Milano, 1995, 25 ss.; da ultimo: A. CAUDURO, *Brevi note sul servizio universale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2019.

8. Sull'amministrazione «come effettività in concreto dei diritti soggettivi, affinché non ne resti soverchiata la giurisdizione», con un'affermazione la cui rilevanza non è limitata ai

L'analisi della giurisprudenza costituzionale sembra in certa misura confermare quella che taluno ha definito “deferenza” del giudice rispetto alle scelte del legislatore in tema di organizzazione⁹: le norme in materia sono infatti difficilmente dichiarate costituzionalmente illegittime, se non per violazione del riparto di competenza Stato/regioni¹⁰, tutelandosi per l'effetto la discrezionalità del legislatore, specie se statale, nel definire i principi sull'organizzazione pubblica. È cioè difficile rinvenire delle ipotesi di annullamento per violazione di parametri a carattere sostanziale, con la sola, rimarchevole eccezione del principio costituzionale del pubblico concorso (art. 97, c. 4°, Cost.), che la giurisprudenza degli ultimi vent'anni ha affermato con peculiare vigore a limite di un legislatore che si è dimostrato spesso “refrattario” alla sua applicazione, in particolare a livello regionale¹¹.

diritti sociali, ma può ben essere spesa anche per proprietà e libertà personale: R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Police e F. Saitta, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 14 ss.

9. Da ultimo A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, 2019, 402 ss. Sull'ampio strumentario di cui la Corte si è dotata per risultare “rispettosa” della discrezionalità del legislatore in materia di disciplina dell'amministrazione pubblica: F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, 21 ss. Evidenzia la “passività” della Corte costituzionale rispetto alle scelte del legislatore in ambito sanitario: V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Giappichelli, Torino, 2008, 64 ss.

10. Ferma restando la differenza di sindacato sulle leggi statali e su quelle regionali: come noto, le prime possono essere dichiarate costituzionalmente illegittime in via principale solo per violazione del riparto di competenza, che è l'unico vizio che la Regione è titolata a denunciare innanzi alla Corte [più precisamente le Regioni possono evocare parametri diversi dal riparto di competenza quando le violazioni siano potenzialmente idonee a ripercuotersi sulle loro attribuzioni], mentre lo Stato può lamentare la violazione di ulteriori parametri costituzionali, ergendosi dunque a custode della legittimità costituzionale rispetto alle leggi regionali in senso più ampio, con funzioni di «polizia costituzionale» (in tal senso: G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, 330). Così da ultimo: Corte cost., 16 luglio 2012, n. 187; Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22; Corte cost., 28 aprile 2011, n. 156; Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 42; Corte cost., 2 febbraio 2011, n. 33.

11. Si veda per un esempio Corte dei conti, Sez. riun. in sede di controllo, *Relazione 2012 sul costo del lavoro pubblico*, Roma, 2012, 145, per una critica dell'estensione – con leggi regionali – delle procedure di stabilizzazione a beneficio di personale dirigenziale

La medesima cautela nei confronti della discrezionalità del legislatore si riflette nell'uso frequente di sentenze interpretative di rigetto: non sono rari i casi in cui la Corte interpreta la legislazione regionale in materia di organizzazione sanitaria comunque riconducendola nelle maglie dei principi posti dal legislatore statale¹². La stessa tecnica è talora usata per salvaguardare discipline statali di apparente eccessivo dettaglio, e dunque in violazione della competenza regionale sulla tutela della salute, ove il giudice costituzionale ne indica il carattere non vincolante, chiarendo come esprimano una mera "facoltà" aperta al legislatore regionale¹³.

Più numerose forse le ipotesi in cui si perviene all'annullamento di leggi regionali che violano i "principi" statali in materia di tutela della salute (par. 2), o di coordinamento della finanza pubblica (par. 3). Del pari incide in materia sanitaria la disciplina in tema di "ordinamento civile", che pesantemente condiziona la stessa nozione di "organizzazione amministrativa", determinandone una lettura riduttiva rispetto a quella tradizionale, poiché ad essa sottrae tutti i rapporti d'impiego (par. 4). A tal riguardo merita una speciale menzione il contenzioso in tema di concorsi in sanità, atteso che, come anticipato, il principio del concorso è sicuramente il parametro sostanziale più frequentemente utilizzato come limite del potere delle regioni di definire la propria organizzazione (par. 5).

2. *I principi in materia di tutela della salute*

Non sono rari i casi di annullamento di leggi regionali per violazione dei principi in materia di tutela della salute, attribuiti – come noto – alla potestà legislativa statale (art. 117, c. 3°, Cost.), imponendosi una rilettu-

sanitario assunto a tempo determinato, «malgrado il fenomeno sia stato specificamente stigmatizzato dalla Corte costituzionale».

12. Ad es. Corte cost., 29 novembre 2018, n. 219: su una legge della regione Calabria in ambito di igiene alimentare, di cui si afferma il carattere non derogatorio rispetto alle norme procedurali dello Stato che attribuiscono le relative competenze d'autorizzazione alle Asl; Corte cost., 27 dicembre 2018, n. 249: sulla disciplina lombarda in tema di scuole di specializzazione; Corte cost., 18 luglio 2014, n. 209: sulla legge della regione Campania in materia di accreditamento delle strutture sanitarie; Corte cost., 16 luglio 2014, n. 199: su una legge sarda sul riordino degli Istituti zooprofilattici sperimentali.

13. Così ad es. Corte cost. 19 febbraio 2019, n. 89, ove una disposizione in materia di riduzione delle spese di personale è interpretata come introduttiva di una "facoltà" per le Regioni (e non di un obbligo).

ra – almeno parziale – della “*vulgata*” secondo cui la riforma del Titolo V avrebbe significativamente esteso la competenza legislativa regionale in materia rispetto a quella definita dalla previgente “assistenza sanitaria e ospedaliera”¹⁴. Benché un ampliamento della competenza regionale ci sia stato, esso sembra da imputarsi precipuamente alla regionalizzazione – a “Costituzione invariata” – del servizio sanitario nazionale, che non a caso si definisce ormai sempre più spesso come la “somma” dei servizi sanitari regionali¹⁵.

È infatti con le riforme degli anni '90¹⁶ che si assiste da un lato all'attrazione delle competenze gestionali dal livello comunale a quello regionale, con l'istituzione delle Unità sanitarie locali “in forma d'azienda” che assumono la configurazione di enti strumentali delle regioni, in luogo delle preesistenti unità attribuite ai comitati di gestione di livello comunale¹⁷. D'altro canto nello stesso periodo si ridefinisce – in chiave riduttiva – il ruolo del finanziamento statale delle prestazioni, superandosi il modello elaborato dalla legge istitutiva del servizio sanitario che s'incentrava sulla devoluzione delle risorse del Fondo sanitario nazionale (Fsn) al sovvenzionamento di livelli “uniformi” di assistenza¹⁸. L'introduzione delle diverse

14. In tal senso ad es. Corte cost., 1° luglio 2015, n. 125; Corte cost., 5 maggio 2006, n. 181; Corte cost., 31 marzo 2006, n. 134; Corte cost., 7 luglio 2005, n. 270. Suggestisce un «forte ridimensionamento» della conclusione circa l'ampliamento della competenza legislativa regionale in ambito sanitario: D. MORANA, *Tutela della salute*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di G. Corso e V. Lopilato, pt. spec., vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 280.

15. D.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, art. 1. In tema: R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., 130-131; C. TUBERTINI, *Cinquant'anni di organizzazione sanitaria: dall'uniformità alla differenziazione, e ritorno*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 71 ss. Da ultimo per una riflessione sulle principali differenze organizzative tra modelli regionali, con attenzione in particolare all'integrazione socio-sanitaria: C. BOTTARI, *Verso una revisione sociale, giuridica e istituzionale del Servizio sanitario regionale*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 2 (www.cortisupremeesalute.it).

16. In particolare d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502; d.lgs. 7 dicembre 1993, n. 517; d.lgs. n. 229 del 1999, cit.

17. L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 13 e ss.

18. L. 23 n. 833 del 1978, cit., art. 3: «La legge dello Stato, in sede di approvazione del piano sanitario nazionale (...), fissa i livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini», art. 4: «Con legge dello Stato sono dettate norme dirette ad assicurare condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale». Per l'evoluzione del modello di finanziamento delle prestazioni: N. VICECONTE, *Il finanziamento del Servizio sanitario nazionale*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di R. Balduzzi e G. Carpani, il Mulino, Bologna, 2013, 371 ss.; G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013, 159 ss.

nozioni di livelli “essenziali” e prestazioni “ulteriori” si accompagna a un tentativo di responsabilizzazione delle regioni anche sul piano finanziario, con introduzione di modelli di finanziamento basati sul gettito derivante da imposte regionali, che finiscono con l’attribuire al Fsn un carattere “aggiuntivo”¹⁹, seppur con una riforma che pare tuttora incompiuta.

Ad oggi non mancano, anche in assenza, o in attesa, di forme di c.d. “costituzionalismo differenziato” (art. 116, Cost.)²⁰, sistemi regionali che si discostano, e non poco, dal modello nazionale delineato dalle norme di “riordino della materia sanitaria” (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e s.m.i.). Il riferimento è anzitutto alla sanità lombarda, che si segnala in particolare per il superamento del c.d. modello “integrato”²¹, in cui l’azienda sanitaria svolge simultaneamente il ruolo di soggetto finanziatore ed erogatore delle prestazioni attraverso i presidi ospedalieri. In Lombardia, viceversa, l’azienda sanitaria – ora Agenzia di Tutela della Salute (ATS) – è infatti esclusivamente soggetto “pagatore” di prestazioni erogate da diversi soggetti pubblici e, ancor più, privati, secondo un modello che intende offrire peculiare tutela al diritto di scelta dell’utente (oltretutto alla «parità di diritti e doveri tra soggetti pubblici e privati che operano all’interno del servizio sanitario lombardo»)²².

In generale, tuttavia, i “principi” in tema di tutela della salute condizionano in maniera assai significativa anche la disciplina d’organizzazione

19. Il finanziamento sarebbe ripartito per quote tendenzialmente corrispondenti tra Stato e Regioni secondo G. GIARELLI, *1978-2018: quarant’anni dopo. Il Ssn tra defianziamento, aziendalizzazione e regionalizzazione*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2013, 456 ss.

20. In tema si vedano: F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» per Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna?*, in *Federalismi.it*, 20 marzo 2019; AA.VV., *L’attuazione in concreto dell’art. 116, terzo comma, della Costituzione: a partire dalle istanze della Regione Piemonte*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 1/2019 (<http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it>); E. DI CARPEGNA BRIVIO, *L’applicazione del regionalismo differenziato per la sperimentazione delle politiche pubbliche*, in *Dir. reg.*, n. 3/2019, 2 ottobre 2019; G. ROLLA, *L’evoluzione dello Stato regionale in Italia: tra crisi del regionalismo omogeneo e aspirazioni a un’autonomia asimmetrica dei territori*, in *Le Reg.*, 2019, 177 ss.

21. Si veda F. TOTH, *La sanità in Italia*, il Mulino, 2014, 63 ss.

22. Cfr. l.r. Lombardia 30 dicembre 2009, n. 33, *Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità*, art. 2, c. 1°, lett. b, come modificato, in particolare, dalle l.r. 11 agosto 2015, n. 23 e l.r. 22 dicembre 2015, n. 41. Non è un caso che inizialmente alla legge fosse attribuito carattere “sperimentale”, prescrivendosene la valutazione dei risultati, in collaborazione con il Ministero della Salute, dopo 5 anni (l.r. n. 33 del 2009, cit., art. 1 bis, introd. dalla l.r. n. 41 del 2015, cit., art. 2 e poi abrogato dalla l.r. 25 gennaio 2018, n. 5 art. 2, c. 1°, lett. b, num. 79).

degli enti pubblici e privati cui è affidata l'erogazione delle prestazioni, confermando come la disciplina dei modelli organizzativi sia indissociabile dalla tutela in concreto del diritto, attese le sicure ricadute delle condizioni di erogazione delle prestazioni sulla qualità delle stesse.

Come è stato evidenziato anche in altri ambiti – a partire dal “coordinamento della finanza pubblica” che del pari è attribuito alla potestà legislativa concorrente (art. 117, c. 3°, Cost.) – le norme di principio in materia di tutela della salute non sono affatto il prodotto di un'astrazione generalizzante formulata in termini che lascino ampio spazio all'indeterminatezza, ma piuttosto si tratta prevalentemente di disposizioni puntuali, enunciati particolari, norme di dettaglio, assunti come limiti rispetto agli ordinamenti autonomi al fine di ricomporre ad unità un sistema plurimo, policentrico e “disordinato”²³.

Ciò si coglie ad es. nella decisione della Corte sulla disciplina di riordino degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS), in cui oggetto del sindacato sono molte disposizioni a carattere organizzativo, che giungono sino all'attribuzione di poteri d'amministrazione al Ministro nei confronti degli enti di nuovo conio, non a caso definiti “a rilevanza nazionale”. Ed è tal proposito che si evidenzia come «il potere del legislatore nazionale di determinare i principi fondamentali (...) risente naturalmente in modo significativo della complessità e delicatezza dell'oggetto da disciplinare», sicché lo Stato può «andare al di là di quanto possono disciplinare ordinariamente le leggi cornice»²⁴.

Più di recente, in tema di obbligo vaccinale, si ricorda come si siano ritenute «*coessenziali ai principi fondamentali disposizioni pur specifiche che prevedono sanzioni amministrative e regolano il procedimento volto a irrogarle, e ancor prima ad accertare le trasgressioni*»²⁵. Del pari, sono state assunte al rango di principi della materia norme relative all'ambito di applicabilità, i termini o le fasi dei procedimenti di autorizzazione o accreditamento delle strutture sanitarie, con annullamento di leggi regionali che consentivano, ad es., di stipulare accordi contrattuali con

23. Si veda R. CAVALLO PERIN, *I principi costituzionali e il potere di coordinamento della finanza pubblica come potere unilaterale della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2015, 644 ss. Per il riferimento ai “principi dettagliati”, M. CARRER, *Il legislatore competente. Statica e dinamica della potestà legislativa nel modello regionale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012, 168 ss.; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, Bononia University Press, Bologna, 2008, 226.

24. Corte cost., 27 gennaio 2005, n. 36.

25. Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5.

soggetti “in via di” accreditamento²⁶, di prorogare i termini previsti per gli adeguamenti strutturali imposti in sede di autorizzazione²⁷, di derogare parzialmente all’obbligo di previo accreditamento per talune organizzazioni con peculiari caratteristiche²⁸, o ancora, di accreditare in via definitiva un soggetto subentrante a un altro già accreditato in via provvisoria e poi fallito²⁹.

Il legame tra organizzazione e diritti risulta di peculiare evidenza nel contenzioso costituzionale in materia farmaceutica, ove sono ritenuti principi fondamentali le norme che pongono i criteri sulla distribuzione territoriale e il contingentamento delle farmacie, che individuano il livello di governo competente al rilascio dei titoli abilitativi, che fissano i requisiti di partecipazione ai concorsi, definiscono illeciti e sanzioni in materia di circolazione dei farmaci o indicano gli esercizi abilitati alla somministrazione di prestazioni analitiche o di medicinali soggetti a prescrizione (escludendo, ad es., parafarmacie, esercizi di vicinato e strutture medio-grandi di vendita)³⁰. Tutte infatti sono norme di organizzazione del servizio farmaceutico volte ad assicurarne anzitutto il sistema di contingentamento e dunque quella distribuzione capillare sul territorio che è elemento essenziale del servizio pubblico e garanzia dell’accesso al farmaco³¹.

Più di rado anche norme sul rapporto di lavoro di medici e altre professioni sanitarie sono considerate espressione di principi fondamentali in materia di tutela della salute: così si afferma l’illegittimità costituzionale di una legge regionale che estenda il c.d. regime “*intra moenia*” agli infermieri³². Viceversa è infondata la questione sollevata in via incidentale nei confronti di un’altra legge che vietava ai veterinari-dipendenti pubblici di esercitare l’attività professionale nell’ambito territoriale dell’Asl, ma l’infondatezza è argomentata precisamente evidenziando nella norma un carattere attuativo del principio d’incompatibilità dettato dalla legge statale³³.

Tale individuazione dei “principi” anche in norme di organizzazione minute, di cui si assume l’inderogabilità assoluta, circoscrive la

26. Corte cost., 21 dicembre 2018, n. 238.

27. Corte cost., n. 238 del 2018, cit.

28. Corte cost., 1° luglio 2015, n. 124; Corte cost., 16 aprile 2015, n. 59.

29. Corte cost., 7 giugno 2013, n. 132.

30. Corte cost., 31 ottobre 2013, n. 255; Corte cost., 20 novembre n. 261.

31. Vedi da ultimo A. CAUDURO, *L'accesso al farmaco*, Ledizioni, Milano, 2017, 98 ss., ove in particolare si evidenzia come l’attività di programmazione della distribuzione dei farmaci sia «elemento costitutivo di servizio pubblico».

32. Corte cost., 31 marzo 2015, n. 54.

33. Corte cost., 12 aprile 2005, n. 147.

possibilità di ammettere una protezione del diritto fondamentale alla tutela della salute che sia a geometria variabile³⁴, evidenziando la già richiamata correlazione tra disciplina organizzativa e diritti fondamentali, che è *ratio* della stessa rilevanza giuridica esterna delle norme d'organizzazione ormai da tempo riconosciuta³⁵. Sembra, cioè, che le norme di dettaglio assurgano alla qualità di principi in quanto elementi coesenziali alla protezione di un diritto che il principio di unità della Repubblica impone di garantire secondo standard omogenei, coerentemente con l'affermazione di livelli essenziali di tutela che debbono essere assicurati in modo uniforme su tutto il territorio (art. 117, c. 2°, lett. m, Cost.)³⁶. Si assume, cioè, che un'eccessiva differenziazione nella configurazione dell'organizzazione sanitaria a livello regionale sia di ostacolo a una protezione omogenea del diritto alla salute, capace di salvaguardarne quel nucleo "incomprimibile" che non pare assoggettabile a condizionamenti di sorta³⁷, atteso che l'unitarietà dell'ordinamento giuridico della Repubblica è correlata

34. Si veda Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 361, in materia di divieto di fumo, ove la salute è definita come un «bene che per sua natura non si presta a essere protetto diversamente alla stregua di valutazioni differenziate». Ritiene che la disciplina della salute come "diritto fondamentale" non ammetta di per sé diversificazioni regionali: V. MOLASCHI, *Verso il superamento degli obblighi vaccinali: considerazioni alla luce del piano piemontese di promozione delle vaccinazioni 2006*, in *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, a cura di M. Andreis, Milano, Giuffrè, 2006, 85 ss.; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, cit.

35. Per la configurazione delle norme di organizzazione come norme interne si vedano: G. ZANOBINI, *Regolamento*, in *N. Dig. It.*, XI, 1939, 316; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, III, Società editrice libraria, Milano, 1897, 125 e ss.; più di recente per una sistematizzazione del dibattito: M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, 44, spec. nt. 59.

36. Sui lea come standard "minimi", volti ad evitare che gli utenti «debbano assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato»: Corte cost., 10 giugno 2010, n. 207; Corte cost., 2 luglio 2009, n. 200.

37. Corte cost., 8-23 luglio 1992, n. 356, ove si evidenzia come la spesa sanitaria vada determinata «tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute»; Corte cost., 7-16 luglio 1999, n. 309: «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (corsivi aggiunti).

alla «effettività di fruizione dei livelli essenziali dei diritti sociali» (art. 120, c. 2°, Cost.)³⁸.

Non mancano d'altra parte nella definizione dei livelli essenziali di assistenza elementi di organizzazione o di processo, che si tratti, ad es., dell'obbligo di garantire un accesso "unitario" ai servizi sociali e sanitari, secondo un approccio multidimensionale che assicuri una presa in carico individualizzata³⁹, o della definizione dei servizi o delle strutture incaricate di determinate prestazioni (es. fornitura di farmaci, di dispositivi medici, ecc.)⁴⁰, evidenziandosi dunque come le determinazioni circa il "come" di tutela dei diritti siano un corollario – oltreché una garanzia – del "quantum" definito in sede di individuazione dei livelli essenziali.

3. *Spesa sanitaria e principi di coordinamento della finanza pubblica*

Nell'ultimo decennio buona parte, se non la maggioranza, delle decisioni della Corte costituzionale in materia di organizzazione sanitaria ha riguardato il riparto di competenza legislativa sul coordinamento della finanza pubblica, ove a essere prevalenti sono le pronunce di annullamento delle leggi regionali per violazione dei principi posti dal legislatore statale. Per dare pieno conto della rilevanza delle politiche di contenimento della spesa sull'esercizio della

38. In tal senso R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., 124-125; C. PINELLI, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3 (www.cortisupremealite.it).

39. Cfr. d.P.C.M. 12 gennaio 2017, *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza*, art. 21.

40. Cfr. d.P.C.M. 12 gennaio 2017, cit., art. 8, 9, 11, all. 11. Sul collegamento «molto stretto» tra le «norme sulle prestazioni in senso stretto» e quelle «sulle strutture destinate a erogarle», ove se le prime contribuiscono alla definizione del "quanto" dei diritti civili e sociali, le secondo concorrono a quella del "come": M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, a cura di E. Catelani, G. Cerrina Feroni e M.C. Grisolia, Giappichelli, Torino, 2011, 27 ss.; A. PIOGGIA, *La gestione della sanità tra pubblico e privato*, ivi, 67, secondo cui i vincoli organizzativi posti dalla legislazione statale si giustificano solo in quanto necessari a garantire il contenuto essenziale del diritto alla salute, in guida di competenza legislativa statale "indiretta"; F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, ivi, 47 ss.; C. TUBERTINI, *La garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni nell'organizzazione del servizio sanitario*, in *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, a cura di A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca e S. Civitarese Matteucci, Franco Angeli, Milano, 2008, 447 ss., ove tra gli esempi di elementi «lato sensu organizzativi» nei la si citano le previsioni sulle liste d'attesa.

competenza legislativa regionale, è d'altra parte sufficiente ricordare come a essere dedicata alla sanità sia larghissima parte del bilancio delle regioni⁴¹.

Trattasi di un contenzioso articolato, cui in questa sede si può solo accennare, talora richiamato a supporto di quella definizione del diritto alla salute come “finanziariamente condizionato”⁴² di cui da tempo è discusso il valore descrittivo. Come è stato anche altrove evidenziato, qualunque diritto, a partire da quelli di proprietà e libertà personale – tradizionalmente individuati come archetipo delle libertà negative della tradizione liberale settecentesca e perciò contrapposti ai diritti a prestazione emersi nel XIX secolo – ha un costo in termini (anche) economici per la collettività, che lo sostiene precipuamente attraverso la fiscalità generale, con cui sono anzitutto finanziate le strutture e organizzazioni necessarie a garantirne protezione ed effettività, a partire dalle forze di polizia e dal sistema giurisdizionale⁴³.

41. Le regioni a statuto ordinario dedicano alla sanità oltre l'80% del proprio budget: F. TOTH, *La sanità in Italia*, cit., 7.

42. Corte cost., 26 settembre-16 ottobre 1990, n. 455: «(...) al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari (...) è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti».

43. Da ultimo: E. CHEREMINSKY, *We the People. A Progressive Reading of the Constitution for the Twenty-First Century*, Picador, New York, 2018, 225 ss., ove l'osservazione è condotta anzitutto per il diritto al giusto processo e le ulteriori garanzie processuali di cui agli *Amend.* 5th, 6th e 7th; C. SUSTEIN - S. HOLMES, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, New York-London, 1999; C. SUSTEIN, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, Basic Books, New York, 2004, 20 ss. Sul diritto alla salute come “diritto finanziariamente condizionato” si veda inoltre F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, il Mulino, Bologna, 1990, 30; più di recente una sistematizzazione è offerta da: R. FERRARA, *Il diritto alla salute: principi costituzionali*, in *Salute e sanità*, a cura di R. Ferrara, in *Trattato di biodiritto*, dir. da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, 34, ove si evidenzia precisamente come sia in occasione dell'endemico contenzioso su riparto di competenze e determinazione del volume complessivo della spesa sanitaria che si perviene a una riduzione del valore e della portata dell'art. 32 Cost.; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, cit., 14 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, III ed., Giappichelli, Torino, 2018, 52 ss.; B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Cittadinanza, Corti e salute*, a cura di R. Balduzzi, Cedam, Padova, 2007, 217, secondo cui «enfaticamente la formula del diritto finanziariamente condizionato si rischia di dire che spetterebbe, in ultima analisi, al bilanciamento finanziario definire il contenuto delle prestazioni, quindi del diritto, mentre è vero esattamente il contrario: le prestazioni essenziali sono dovute in quanto tali e insiste sul legislatore il preciso dovere di garantire le risorse finanziarie necessarie». Sulle ambiguità della nozione di “diritto sociale”: A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999, 52 ss.

È la stessa Costituzione a riconoscere come tutti i diritti, che si tratti di quelli “civili” tradizionalmente considerati nel novero delle libertà negative, o di quelli “sociali” detti di terza generazione, richiedano delle “prestazioni”, i cui livelli “essenziali”, che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, sono affidati alla determinazione dello Stato⁴⁴.

È ben noto che la *ratio* di contenimento del debito pubblico e di razionalizzazione della spesa ha ispirato la maggior parte delle riforme del settore sanitario degli ultimi anni, con pochissime eccezioni (tra cui ad es. le norme sull’obbligo vaccinale, o quelle sulle disposizioni anticipate di trattamento e sul consenso informato, o ancora la riforma della responsabilità di strutture e operatori sanitari)⁴⁵. Si tratta di previsioni minuziose che intervengono su diversi aspetti dell’organizzazione: dalla centralizzazione degli acquisti con la costituzione di appositi soggetti aggregatori⁴⁶, ai limiti al *turn-over* del personale⁴⁷, alla riduzione dei posti letto⁴⁸, ai vincoli che investono direttamente le imprese farmaceutiche per limitare il finanziamento di convegni e altre iniziative promozionali (i cui costi si riflettono su quello dei farmaci)⁴⁹, a quelle ancora che hanno previsto la rinegoziazione dei contratti d’appalto per acquisto di beni e servizi⁵⁰, la riduzione dei compensi degli organi di direzione e vigilanza⁵¹, sino alle previsioni sul commissariamento e sui c.d. piani di rientro dal disavanzo⁵².

Gli obblighi imposti dalla legge statale con esercizio della competenza legislativa concorrente sul coordinamento della finanza pubblica hanno per lo più superato il vaglio di costituzionalità secondo tecniche argomentative molto simili a quelle già viste in precedenza. Come per la tutela della salute, anche in questo caso i “principi” sono molto spesso previsioni assai dettagliate che limitano l’autonomia finanziaria regionale in

44. C. PINELLI, *Livelli essenziali delle prestazioni*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, cit., 195-196.

45. Rispettivamente: d.l. 7 giugno 2017, n. 73, *Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale*, conv. in l. 31 luglio 2017, n. 119; l. 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*; l. 8 marzo 2017, n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*.

46. L. 28 dicembre 2015 n. 208, art. 1, c. 548°.

47. Es. art. 2, c. 71°, l. 23 dicembre 2009, n. 191.

48. Art. 15, c. 13°, lett. c, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135.

49. Art. 52, c. 19°, l. 27 dicembre 2002, n. 289.

50. Art. 15, c. 13°, lett. a, d.l. n. 95 del 2012, cit.; art. 17, c. 1°, lett. a, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111.

51. Art. 61, c. 14°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133.

52. Art. 2, c. 77° ss., l. 23 dicembre 2009, n. 191.

nome di un'unitaria visione della finanza pubblica, correlata a un'unitaria considerazione della Repubblica⁵³ che fa da *pendant* all'affermazione di standard omogenei di tutela dei diritti⁵⁴.

Il contenzioso, si è detto, riecheggia la qualificazione del diritto alla salute come “finanziariamente condizionato”, e dunque tutelato nei limiti della capacità finanziaria e organizzativa della Repubblica. A ben vedere, tuttavia, a essere rigettate sono le censure incapaci di dimostrare l'inadeguatezza del finanziamento statale rispetto a specifiche prestazioni dedotte nei livelli essenziali di assistenza, sicché il nucleo del diritto rimane impregiudicato, a conferma del suo carattere fondamentale⁵⁵. Viceversa, ove la Regione riesca nella *probatio*, seppur apparentemente “diabolica”, dell'insufficienza delle risorse per il finanziamento di una peculiare prestazione coesistente alla tutela del diritto, la censura trova più facilmente accoglimento⁵⁶. Non vale cioè addurre la generica insufficienza delle risorse a finanziare le prestazioni dedotte nei livelli essenziali delle prestazioni, ma occorre dimostrare “dati alla mano” la precisa impossibilità di mantenimento degli standard di qualità del servizio e con essa la concreta lesione del diritto alla salute, escludendosi per l'effetto un controllo giurisdizionale di livello “macro” sull'adeguatezza del finanziamento destinato alla tutela della salute.

I principi “dettagliati” individuati dal legislatore statale in sede di coordinamento della finanza pubblica investono l'organizzazione sanitaria⁵⁷ come il

53. Si veda R. CAVALLO PERIN, *I principi costituzionali e il potere di coordinamento della finanza pubblica come potere unilaterale della Repubblica*, cit., 643-644, ove in particolare si sottolinea come tale unitaria considerazione debba *a fortiori* comprendere anche l'Unione europea, di cui la Repubblica è a propria volta costitutiva.

54. Il coordinamento della spesa finanziaria cede ove le risorse non siano state trasferite dallo Stato ma derivino dall'imposizione fiscale autonoma: Corte cost., 8 giugno 2015, n. 125; Corte cost., 7 maggio 2012, n. 115; Corte cost., 16 maggio 2012, n. 115; Corte cost., 12 aprile 2010, n. 133; Corte cost., 16 dicembre 2009.

55. Si veda Corte cost., n. 5 del 2018, ove la censura della Regione Veneto sull'inadeguatezza delle risorse a disposizione per l'erogazione dei vaccini è definita “apodittica” poiché priva di riferimenti a dati più analitici su entrate e uscite; Corte cost., 11 aprile 2019, n. 83; Corte cost., 21 marzo 2017, n. 169.

56. Si veda in particolare Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, ove si dichiara illegittima una legge statale che condizionava a «generiche, insufficienti e indefinite previsioni di bilancio» il finanziamento delle spese sostenute dalle Province per il trasporto degli studenti con disabilità.

57. Per l'illegittimità di una legge regionale che istituisce presso tutte le aziende sanitarie e ospedaliere il “Servizio delle professioni sanitarie” e il “Servizio sociale professionale”: Corte cost., 14 luglio 2017, n. 190; su una legge regionale che individua le attività odontoiatriche non soggette ad autorizzazione sanitaria o a segnalazione certificata di inizio attività: Corte cost., 11 maggio 2017, n. 106; è illegittima la legge regionale che consente

tipo di prestazioni erogate dai servizi sanitari regionali, specie ove siano idonee a interferire con i “piani di rientro” dal disavanzo⁵⁸. Talora si afferma per l’effetto una declinazione “al ribasso” del principio di eguaglianza, vietandosi l’erogazione di prestazioni ulteriori rispetto ai livelli essenziali, o a condizioni economicamente più favorevoli⁵⁹. Nemmeno la titolarità esclusiva delle risorse riesce a porsi come argine alla potestà legislativa dello Stato, specie ove queste siano impiegate a integrazione del finanziamento statale dei lea⁶⁰.

I vincoli in tal modo posti trovano talora compensazione nell’affermazione del principio di “transitorietà” del limite opposto all’autonomia⁶¹, e nell’individuazione di modalità procedimentali fondate sul principio di leale cooperazione istituzionale (art. 120 Cost.)⁶². Così, sono la previa

la proroga del personale precario del Sistema sanitario regionale: Corte cost., 19 gennaio 2017, n. 14; quella che semplifica i procedimenti di autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie e sociosanitarie: Corte cost., 7 ottobre 2015, n. 227.

58. Sui vincoli derivanti dai piani di rientro: Corte cost., 18 aprile 2019, n. 94; per l’illegittimità di leggi regionali che prevedevano misure di contenimento della spesa sanitaria «in modo del tutto disarmonico rispetto alle scelte commissariali»: Corte cost., 15 dicembre 2016, n. 266; Corte cost., 28 maggio 2014, n. 141. Sono state inoltre dichiarate illegittime per l’idoneità a interferire con i piani di rientro leggi regionali che: prevedevano forme di assistenza a persone affette da disturbi dello spettro autistico e disturbi pervasivi dello sviluppo (Corte cost., 27 dicembre 2018, n. 247); assicuravano assistenza a persone in età evolutiva con disturbi del neurosviluppo e patologie neuropsichiatriche e con disturbi dello spettro autistico (Corte cost., 15 novembre 2018, n. 199); incrementavano i livelli essenziali di assistenza (Corte cost., 1° giugno 2018, n. 117; Corte cost., 29 maggio 2013, n. 104). In tema si veda E. GRIGLIO, *Il legislatore dimezzato: i Consigli regionali tra vincoli interni di attuazione dei piani di rientro dai disavanzi sanitari ed interventi sostitutivi governativi*, in *Le Reg.*, 2012, 455 ss.

59. Corte cost., n. 187 del 2012, cit., con nt. di S. de GOTZEN, *La disciplina in materia di ticket incidente sui livelli essenziali di assistenza sanitaria. Divieto di differenziazioni in melius*, in *Le Reg.*, 2012, 1227 ss.; la sentenza richiede l’uniformità sul territorio nazionale delle condizioni di erogazione, ivi compreso il pagamento del ticket, che non può essere preso in carico dalla Regione.

60. In tal senso Corte cost., n. 187 del 2012, cit.; Corte cost., 10 maggio 2012, n. 115, con nt. di N. LUPO e G. RIVOSECCHI, *Quando l’equilibrio di bilancio prevale sulle politiche sanitarie regionali*, in *Le Reg.*, 2012, 1062 ss., che dichiara inammissibile una questione sollevata con riferimento alla disciplina dell’organizzazione e coordinamento di programmi di cura da finanziarsi con risorse regionali, ove se ne evidenzia l’estraneità rispetto alle prestazioni individuate come lea nel medesimo settore (cure palliative e terapia del dolore); nel senso per cui i principi di coordinamento della finanza pubblica non possono essere opposti in sede di utilizzazione delle risorse proprie delle autonomie speciali: Corte cost., n. 125 del 2015, cit.; *idem* Corte cost., 30 dicembre 2009, n. 341.

61. Corte cost., 23 maggio 2018, n. 103.

62. Oltre alle sentenze citate nella nota successiva, si veda: Corte cost., 15 aprile 2010, n. 133. In tal senso da ultimo R. CAVALLO PERIN, *I principi costituzionali e il potere di*

intesa in sede di Conferenza unificata o gli specifici accordi stipulati in occasione della redazione dei piani di rientro a fondare un potere del commissario nominato dallo Stato che non tollera interferenze regionali, neanche con interventi di rango legislativo⁶³.

Nello stesso contenzioso è riconosciuta alla scienza la capacità di limitare la discrezionalità politica del legislatore, nel senso che le esigenze di contenimento della spesa non possono giungere sino a conculcare la piena espressione della professionalità medica, impedendo, ad es., per mere esigenze di risparmio la prescrizione di trattamenti sanitari autorizzati. La vicenda è ben diversa da quella che ha investito trattamenti “non convenzionali” (es. di Bella, Stamina) talora consentiti in sede giurisdizionale con allocazione della spesa a carico della finanza pubblica, a prescindere dal difetto del completamento dei relativi iter autorizzativi⁶⁴. Può dirsi che si siano in quelle ipotesi confrontate diverse espressioni di “scienza”, o presunta tale, mettendosi per l’effetto in discussione la riserva di discrezionalità tecnica in capo all’amministrazione pubblica e agli organi a legittimazione tecnico-professionale da questa individuati.

Viceversa nel caso in esame il confronto è tra scienza e mera discrezionalità politica, che determina la limitazione delle prestazioni prescrivibili in ragione della patologia secondo un elenco predefinito in sede ministeriale (c.d. decreto appropriatezza). Con sentenza interpretativa di rigetto il giudice costituzionale disinnesci il supposto conflitto, a beneficio dell’ «autonomia e responsabilità del medico» e – con essa della libertà di scienza, che mal tollera di essere coartata per mere esigenze finanziarie (c.d. principio di autonomia terapeutica⁶⁵). L’obbligo di prescrivere le sole prestazioni indicate dal decreto ministeriale è così letto come «mero invito al medico prescrittore di rendere trasparente, ragionevole e informata la

coordinamento della finanza pubblica come potere unilaterale della Repubblica, cit., 648 ss.; F. SAITTA, *Autonomie territoriali e governo della sanità*, in *Istit. Fed.*, 2018, 805 ss., ove si evidenzia come il principio di leale collaborazione segni il “giusto equilibrio” tra le esigenze di uniformità di tutela del diritto della salute avanzate da un legislatore statale responsabile di un’ “evidente” intrusione nella competenza regionale, e l’affermazione di modelli organizzativi differenziati.

63. Corte cost., 14 luglio 2017, n. 190; Corte cost., 12 dicembre 2014, n. 278; Corte cost., 28 maggio 2014, n. 141; Corte cost., 18 aprile 2012, n. 91; Corte cost., 12 maggio 2011, n. 163; Corte cost., 11 aprile 2011, n. 123; Corte cost., 14 giugno 2007, n. 193.

64. Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185; Corte cost., 2 aprile 1999, n. 121; Corte cost., 5 dicembre 2014, n. 274.

65. Cfr. B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 223 ss.

facoltà di discostarsi dalle indicazioni», da intendersi dunque al più come un obbligo di motivazione rafforzato⁶⁶.

4. *L'ordinamento civile*

La materia dei rapporti di lavoro del personale degli enti pubblici del servizio sanitario nazionale è talora ricondotta ai principi in tema di tutela della salute, più spesso a rilevare è la competenza legislativa esclusiva dello Stato sull'ordinamento civile (art. 117, c. 2°, lett. l, Cost.).

Ciò si deve alla contrattualizzazione dell'impiego pubblico d'inizio anni '90 che, come noto, ha determinato l'applicazione del codice civile e delle altre leggi speciali sui rapporti di lavoro alla maggior parte dei dipendenti pubblici⁶⁷, sicuramente a tutti i rapporti instaurati dalle regioni e dai relativi enti strumentali, e a maggior ragione a quelli delle aziende sanitarie ove se ne accolga la qualificazione come "enti pubblici economici" che rileva anzitutto ai fini della disciplina del lavoro (art. 2093 c.c.). Per l'effetto, in applicazione di un criterio interpretativo di tipo "storico-normativo" – secondo cui il contenuto della norma costituzionale è ricavato dalla legislazione ordinaria vigente – la stessa nozione di "organizzazione amministrativa", in uno con la corrispondente competenza legislativa, è definita al ribasso. Si supera così la visione tradizionale che attribuiva alle fonti del diritto pubblico (leggi e regolamenti d'organizzazione) la disciplina degli elementi costitutivi dell'ufficio, unità organizzativa elementare di qualsiasi organizzazione, che si identificano di norma in beni, persone e attività organizzativa (o competenza)⁶⁸.

L'evoluzione non incide, ovviamente, sulla riserva relativa di legge in materia di uffici pubblici (art. 97, c. 2°, Cost.), ma si riflette viceversa sul perimetro della competenza legislativa c.d. residuale delle regioni sulla propria organizzazione, oltre che sulla capacità dei regolamenti adottati dai singoli enti di conformare i rapporti di lavoro. In altre parole, ad oggi la definizione dell'organizzazione attribuita alle fonti di diritto pubblico

66. Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169, ove la norma è ritenuta di protezione del diritto alla salute del paziente, in quanto intende evitare che il medico sia ispirato da interessi altri (ad es. delle case farmaceutiche).

67. Cfr. l. 23 ottobre 1992, n. 421, art. 2 e poi il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, oggi sostituito dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

68. Fra molti: F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, pt. gen., Monduzzi, Bologna, 2005, 345; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVIII ed., Giuffrè, Milano, 2016, 173.

non include più la disciplina del personale, se non entro i ristretti limiti del reclutamento, atteso che soltanto l'assunzione mediante pubblico concorso è ritenuta espressione di un potere pubblico e perciò attribuita alla disciplina unilaterale di fonte pubblicistica, che si tratti della legge regionale o dei regolamenti di organizzazione della regione e degli enti strumentali. Il potere esclusivo delle regioni di conformare la propria organizzazione amministrativa non include dunque i rapporti di lavoro, poiché la competenza statale in tema di ordinamento civile si pone a limite dell'autonomia regionale, ove la nozione costituzionale è interpretata alla luce della scelta di unificazione del mercato del lavoro – ottenuta anzitutto con l'applicazione generalizzata delle norme di diritto privato – effettuata dal legislatore ordinario⁶⁹. Allo stesso risultato si perviene nelle autonomie speciali, ove tuttavia la contrattualizzazione è inderogabile in quanto «norma fondamentale di riforma economico-sociale della Repubblica»⁷⁰.

Tale orientamento si riflette inesorabilmente sulla disciplina dei rapporti di lavoro del personale sanitario, che è per l'effetto riservata alla legge statale. L'esito d'altra parte tutela l'effettività del principio costituzionale di libera circolazione delle persone e del lavoro tra le regioni (art. 120, c. 1°, Cost.), poiché una disciplina fortemente differenziata delle condizioni di impiego sarebbe sicuramente d'ostacolo alla mobilità interregionale, viceversa favorita dall'omogeneità della legislazione applicabile e dall'unitarietà del relativo comparto contrattuale. Si conferma, per l'effetto, una certa idea di unitarietà dell'amministrazione pubblica, che supera l'articolazione in singoli enti, benché dotati di autonoma soggettività⁷¹.

Così sono state di recente annullate le norme regionali di deroga ai limiti massimi di orario definiti dalla legge statale in attuazione dell'ordinamento dell'Unione europea⁷², o ancora la definizione del perimetro

69. Interveneva in materia il disegno di legge di riforma costituzionale del 2016, ove si prevedeva una competenza esclusiva del legislatore statale in materia di «norme sulla disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche tese ad assicurarne l'uniformità sul territorio nazionale» (Camera dei Deputati, d.d.l., 12 aprile 2016, art. 31).

70. Si veda ad es. Corte cost., 21 ottobre 2003, n. 314.

71. Si veda R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, cit., 16 ss.; si consenta inoltre il rinvio a B. GAGLIARDI, "Al servizio dell'integrazione": il funzionario pubblico europeo, *ivi*, 570-571.

72. È di interesse rilevare come la legge statale non escluda del tutto la deroga, ma la autorizzi ove a prevederla sia la contrattazione collettiva: Corte cost., 12 aprile 2017, n. 72; sull'orario di lavoro vedi anche Corte cost. 2 novembre 2017, n. 231; Corte cost., 12 aprile 2017, n. 73. Secondo Corte cost., 15 maggio 2014, n. 126, non ogni norma sul personale va considerata pertinente all'ordinamento civile, potendo talora essere ritenuta prevalente la materia delle professioni o della tutela della salute (fattispecie relativa al rapporto di lavoro

dei beneficiari delle c.d. stabilizzazioni, che l'ordinamento statale riserva al personale del comparto sanità e alla dirigenza medica e del ruolo sanitario, sicché la regione non può ricomprendervi la dirigenza del ruolo professionale, tecnico e amministrativo⁷³.

In materia sanitaria l'ordinamento civile rileva, infine, anche rispetto al diritto di autodeterminazione e disposizione del proprio corpo e alle relative modalità di espressione, rispetto a cui del pari ben si comprende la necessità di una disciplina uniforme sul piano nazionale a garanzia dell'unità della Repubblica, ove anche solo si tratti di norme di organizzazione delle modalità di espressione e documentazione delle dichiarazioni di volontà (art. 5 Cost.)⁷⁴.

5. *Organizzazione sanitaria e principio del concorso pubblico*

Escluso dal perimetro dell'ordinamento civile rimane il reclutamento del personale sanitario, che continua a considerarsi materia di organizzazione amministrativa coerentemente con l'impianto della stessa contrattualizzazione, ove si è confermata l'attribuzione della disciplina sulle assunzioni alle fonti di diritto pubblico in attuazione del principio costituzionale del concorso (art. 97, c. 4°, Cost.), derivandone la riserva del relativo contenzioso alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, c. 4°).

Il reclutamento dunque è organizzazione, e perciò attribuito alla competenza legislativa residuale regionale.

Purtuttavia è probabilmente questa l'area in generale caratterizzata da una minor deferenza del giudice costituzionale rispetto alle scelte legislative d'organizzazione, ove il sindacato non si basa sul riparto di competenza, ma direttamente sulla violazione dei principi costituzionali sostanziali del concorso e dell'eguale accesso dei cittadini agli impieghi pubblici (art. 51, Cost.).

dei medici specializzandi). In tema si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *Amministrazione regionale e pubblico impiego*, in *Lineamenti di Diritto Costituzionale della Regione Piemonte*, a cura di M. Dogliani, J. Luther e A. Poggi, Giappichelli Editore, Torino, 2018, 277 ss.; F. GHERA, *Pubblico impiego regionale e ordinamento civile*, in *Giur. cost.*, 2010, 4111 ss.

73. Corte cost., 10 novembre 2017, n. 234.

74. Cfr. Corte cost., 14 dicembre 2016, n. 262, relativa a una legge del Friuli Venezia Giulia che istituiva un registro per le donazioni di organi e tessuti e le "disposizioni anticipate di trattamento". È noto che di lì a poco la materia è stata disciplinata con legge statale (l. n. 219 del 2017, cit.).

Numerose sono le pronunce di annullamento di leggi regionali che recano irragionevoli deroghe al principio del concorso, ponendosi in violazione della Costituzione perché non trovano giustificazione in un diverso e preminente interesse pubblico, specie ove si tratti di previsioni che istituiscono canali privilegiati di accesso a beneficio di peculiari categorie di personale c.d. “precario”⁷⁵.

Fanno da pendant alle pronunce in materia di concorsi quelle sul c.d. *spoils system* degli organi del “*top management*” sanitario (direttore generale, direttore sanitario, direttore amministrativo), con cui è disposto l’annullamento delle disposizioni regionali per violazione dei principi costituzionali in materia di organizzazione pubblica⁷⁶. Più precisamente, a rilevare in questa sede sono diverse leggi regionali che prevedono la decadenza automatica degli organi di direzione delle aziende sanitarie, ove si evidenzia il contrasto con il principio di buon andamento dell’amministrazione inteso come continuità del servizio e giusto procedimento, oltre che la violazione del principio d’imparzialità che deriva dalla designazione fiduciaria di organi a legittimazione necessariamente tecnica.

Benché tali decisioni investano la disciplina del momento di cessazione dell’incarico, ne è evidente la correlazione con quelle sull’accesso, poiché in entrambe le ipotesi il giudice costituzionale tutela una selezione ispirata esclusivamente alla valutazione delle “virtù e dei talenti” dei candidati, secondo la tradizione costituzionale europea espressa sin dalla *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* del 1789 (art. VI). Valutazione delle capacità e conoscenze che – ove si tratti di impieghi a legittimazione tecnica e non in diretto rapporto con gli organi d’indirizzo – osta a sistemi di *spoils system* ispirati precipuamente alla considerazione della consonanza politica o ad altri elementi che diano fondamento a un rapporto di tipo “fiduciario”, così come impedisce di derogare al principio di pubblicità del concorso riservando l’accesso soltanto a taluni, per ragioni diverse dalla tutela dell’interesse pubblico, che si tratti del consolidamento di aspettative di carriera, o di motivazioni ispirate al principio di solidarietà (nei confronti, ad es., di quanti siano impiegati in posizioni “precarie”).

75. Si veda ad es. la vicenda pugliese, ove le norme regionali sulle stabilizzazioni sono state investite da plurime dichiarazioni di illegittimità (e ciononostante riproposte): Corte cost., 23 aprile 2013, n. 73; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 68 e Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 42, ma anche Corte cost., 10 maggio 2005, n. 190; Corte cost., 14 luglio 2009, n. 215; Corte cost., 29 aprile 2010, n. 150; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 67.

76. Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 27; Corte cost., 21 giugno 2013, n. 152; Corte cost., 19 luglio 2011, n. 228; Corte cost., 28 ottobre 2010, n. 304; Corte cost., 24 giugno 2010, n. 224; Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 34; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 104.

6. *Conclusioni: il ruolo della Corte costituzionale a contenimento delle diseguaglianze territoriali*

L'analisi sin qui condotta sembra confermare l'arretramento del giudice costituzionale a fronte delle scelte di organizzazione, specie se espresse dal legislatore statale, secondo un approccio cui taluno allude usando il termine "deferenza": il sindacato infatti investe pressoché esclusivamente il riparto di competenza (art. 117 Cost.) e difficilmente si traduce nell'accoglimento di rilievi a carattere sostanziale, con la sola – seppur significativa – eccezione del contenzioso in tema di reclutamento.

Se lo sbilanciamento a favore del sindacato in via principale non va sopravvalutato in quanto correlato alla concretezza del giudizio costituzionale, di maggior interesse è la tendenza a ridurre e contenere l'autonomia regionale, con interpretazioni che in molti casi privilegiano la competenza del legislatore statale non solo in sede di identificazione delle prestazioni, ma anche sul versante dell'organizzazione, che pure sembrerebbe quello più congeniale alla potestà legislativa regionale. L'uso delle sentenze interpretative di rigetto, l'individuazione dei principi a tutela della salute o di coordinamento della finanza pubblica in norme organizzative minute, la lettura dei livelli essenziali di assistenza come involgenti aspetti organizzativi, così come l'interpretazione storico-normativa dell'organizzazione amministrativa e dell'ordinamento civile, sono tutti elementi che depongono nella medesima direzione di riduzione delle disomogeneità organizzative, specie ove le stesse paiano idonee a compromettere il nucleo "essenziale" di un diritto fondamentale quale quello alla salute.

È forse superfluo evidenziare come i limiti opposti al legislatore regionale non possano tradursi in una totale uniformità d'organizzazione, capace di negare la stessa autonomia, pena la violazione del corrispondente principio costituzionale (art. 5 Cost.), oltreché di quelli di differenziazione e adeguatezza (art. 118, c. 1°, Cost.). Anzi, tali ultimi principi di per sé richiedono una differenziazione funzionale idonea a garantire la specializzazione delle strutture e l'aumento di professionalità che ne consegue⁷⁷.

L'individuazione di un equilibrio tra tali contrapposte esigenze sconta ovviamente quella che è stata definita come una tensione "irriducibile" tra diritti sociali e federalismo⁷⁸, ove da tempo si è rilevato come il più facile

77. In tema C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, cit., 311 ss.

78. In tal senso ad es. B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, in *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo*

prevalere di particolarismi in sede locale renda il livello superiore meglio posizionato per una tutela attenta ai bisogni di tutte le fasce di popolazione ed effettivamente ispirata al principio universalista, viceversa messo in discussione dalla differenziazione regionale⁷⁹.

L'opera del giudice sembra rivendicare la funzione unificante e di costruzione dell'identità nazionale che i sistemi di *welfare* favoriscono con l'affermazione di vincoli di solidarietà tra persone e territori, ove la garanzia di condizioni omogenee di tutela dei diritti è elemento di coesione e di appartenenza nazionale correlato all'unità della Repubblica (art. 5 Cost.). E ciò benché non si tratti di "diritti di cittadinanza" in senso tradizionale, ma viceversa di posizioni ricollegate allo *status* di residenza, confermandosi così la pregnanza della nozione di "cittadinanza amministrativa"⁸⁰, che individua un legame con un determinato gruppo fondato sull'appartenenza alla medesima comunità, seppur locale, in ragione di vincoli diversi da quelli di sangue. Tale vincolo di appartenenza alla comunità locale segnato dallo *status* di cittadinanza amministrativa giustifica alcune differenze minori nelle condizioni di erogazione delle prestazioni, o comunque l'adozione di modelli organizzativi che, seppur diversi, non si traducano in un abbassamento degli standard di qualità, ma piuttosto riflettano una diversa combinazione di fattori economici e sociali idonea al conseguimento di risultati corrispondenti in termini qualitativi⁸¹.

V, a cura di R. Balduzzi e G. Di Gaspare, Giuffrè, Milano, 2002, 87 ss.; F. TARONI, *Salute, sanità e Regioni in un Servizio sanitario nazionale*, in *L'Italia e le sue Regioni*, vol. 1, a cura di M. Salvati e L. Sciolla, Treccani, Roma, 2015, 425; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, cit., 27 ss., secondo cui eguaglianza e nazionalità si pongono in un rapporto "non lineare" che tuttavia non esclude possibilità di conciliazione.

79. Si veda L. TORCHIA, *Sistemi di welfare e federalismo*, in *Quad. cost.*, 2002, 727. Per analoghe osservazioni nell'ordinamento USA, nel confronto tra *federal government* e stati: R. B. STEWART, *Federalism and Rights*, 19 Ga. L. Rev. 917 (1985); S. D. CASHIN, *Federalism, Welfare Reform, and the Minority Poor: Accounting for the Tyranny of State Majorities*, 99 Colum. L. Rev. 552 (1999).

80. In tema R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 202, ss.; ID., *L'ossimoro della locuzione "cittadinanza globale"*, in *Dir. amm.*, 2005, 216 ss.; C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 485 ss.; F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali, Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Jovene, Napoli, 2011, 3 ss.

81. Così, si è in passato evidenziato come i più elevati standard qualitativi siano raggiunti da regioni che si distinguono proprio per il modello di erogazione, nel senso che gli standard di prestazione più elevati a livello nazionale sarebbero raggiunti da Lombardia, Emilia Romagna e Toscana, ove la prima è individuata quale idealtipo del modello sani-

In caso contrario si determina la violazione del carattere “fondamentale” del diritto alla salute e con essa quella dei principi di universalità ed eguaglianza che hanno ispirato l’istituzione del servizio sanitario nazionale – con superamento del particolarismo delle mutue – e del corrispondente principio del “servizio universale” consacrato dal diritto dell’Unione europea, che impone una “fruizione diffusa” dei servizi essenziali, capace di raggiungere tutti gli utenti in condizioni omogenee a prescindere dalla collocazione geografica e dalle condizioni personali⁸². Coerentemente la lettura del livello “essenziale” delle prestazioni in termini di standard “minimo” continua a suscitare perplessità, parendo legittimare anche differenze sproporzionate nel *quantum* di protezione del diritto che mal si conciliano con quella funzione unificante propria dei sistemi di *welfare*, che dà attuazione al principio di eguaglianza (art. 3, Cost.).

Il confine tra la differenziazione “utile”, in quanto espressione di specificità locali che sono portatrici di migliori livelli di efficienza, efficacia ed economicità, e quella invece dannosa, perché si traduce in standard di tutela disomogenei, capaci di minare la stessa appartenenza nazionale, non è meno rilevante in ragione delle possibilità offerte dalla mobilità interregionale dei pazienti. Questa, infatti, seppur compensata in sede di distribuzione delle risorse⁸³, non sempre è un’opzione percorribile, perché può non essere autorizzata dalle amministrazioni regionali di provenienza dei pazienti o perché comporta costi accessori non sostenibili da tutti⁸⁴, sicché solo in parte concorre all’affermazione della libertà di scelta del luogo di cura.

tario c.d. separato, mentre le altre due assolvono a corrispondente ruolo per il modello c.d. integrato.

82. In tema: R. CAVALLO PERIN, *Art. 112*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, dir. da R. Cavallo Perin e A. Romano, Padova, Cedam, 2006, 612; A. CAUDURO, *Brevi note sul servizio universale*, cit., 142 ss.

83. D.lgs. n. 502 del 1992, cit., art. 12, c. 3°, lett. b; Conferenza permanente Stato Regioni Province Autonome, *Patto per la salute 2014-2016*, art. 9 (delib. 10 luglio 2014, n. 82/CSR).

84. Cfr. ad es. Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 296, è legittima una delibera regionale (del commissario *ad acta* per l’attuazione del piano di rientro in Campania) che subordina ad autorizzazione il rimborso di prestazioni erogate in regioni limitrofe; Cons. St., sez. III, 1° febbraio 2012, n. 498, ove si riconosce l’esigenza regionale di «governare quei processi di mobilità sanitaria fra le regioni che non sempre sono determinati dalla diversa qualità delle prestazioni rese (o dai tempi necessari per poter ottenere le prestazioni)», «tenuto conto dell’interesse, proprio di ogni regione, di soddisfare innanzitutto le esigenze sanitarie dei propri residenti».

Elena Malfatti*

Giurisprudenza costituzionale e “questioni tecniche”: i poteri istruttori della Corte costituzionale

SOMMARIO: - 1. Inquadramento del tema. - 2. I poteri istruttori della Corte: una finestra di osservazione inedita sulla giustizia costituzionale? - 3. Una generale (ed eccessiva) sottovalutazione del profilo di indagine. - 4. Un paradosso apparente: poteri processuali della Corte *versus* effettivi utilizzi dei medesimi. - 5. Per dare nuova linfa al tema: qualche spunto metodologico. - 6. Poteri istruttori e “questioni tecniche”: di quale tecnicità andiamo parlando? 6.1. Le questioni inerenti normative i cui contenuti sono elaborati (o che trovano fondamento) nelle scienze esatte. - 6.2. (*segue*) Una zona “grigia”: le questioni “tecniche” in ambito medico e sanitario. - 6.3. (*segue*) Le questioni su materie specialistiche ma che si giovano (possono giovare) dell’apporto delle scienze sociali.

1. *Inquadramento del tema***

Preliminarmente vorrei sottolineare che intervengo molto volentieri nell’ambito di un dottorato di ricerca, sede privilegiata degli studi e per l’accrescimento delle competenze, tanto più in una sede qualificata quale quella torinese e venendo affiancata in questo seminario conclusivo del ciclo *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”* dall’amico Joerg Luther, con il quale ho condiviso nella seconda metà degli anni Novanta un importante tratto di strada presso l’Università di Pisa, e che potrà sicuramente, in veste di *discussant*, fornirci molte

* Dedico con commozione il mio lavoro a Joerg Luther, prematuramente scomparso, con il quale ho avuto il privilegio di confrontarmi spesso in passato, e per un’ultima volta proprio nel corso di questo seminario. Mi mancheranno immensamente il suo sapere, il disincanto, la sua ironia.

** Preciso di non aver potuto tener conto – essendo terminata la scrittura di questo lavoro nell’anno 2019 – delle recenti modifiche che hanno riguardato le *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in virtù della delibera dell’8 gennaio 2020; le quali tuttavia offrono una sorta di contrappunto ideale ad alcune delle riflessioni qui illustrate.

suggestioni, anche comparatistiche, in vista del dibattito. Non nascondo che l'invito gentilmente ricevuto mi avesse suscitato qualche preoccupazione, in origine, alla luce del dettagliato programma degli incontri che hanno preceduto quello attuale; mi sono dovuta infatti porre, anzitutto, un problema di corretta messa a fuoco dello sforzo di riflessione richiestomi, per via del titolo stesso prescelto per il seminario, in quanto mi pareva possibile enucleare un punto di intersezione soltanto parziale tra poteri istruttori della Corte da un lato e questioni tecniche dall'altro, le seconde non esaurendo certamente le prospettive di utilizzo dei primi (anzi), per quanto la tecnica sia oggi pervasiva (i temi prescelti per i diversi seminari lo dimostrano).

La prima domanda che mi sono fatta è stata, cioè, quanto spazio occupasse la tecnica, rispetto al tema più in generale dei poteri istruttori (che pure, a loro volta, non costituiscono aspetto centrale dei procedimenti che si svolgono alla Corte), e la risposta immediata, tenendo conto anche delle relazioni di coloro che mi hanno preceduto, sarebbe stata: «pochissimo», quantomeno nell'istruttoria formalizzata; alimentare l'oggetto dell'incontro sembrava pertanto, effettivamente, abbastanza complicato. Esporrò tuttavia le impressioni più nitide, o comunque meno sfocate, che ho maturato dopo alcuni approfondimenti e ricerche. *Per capire il perché* dello scarso spazio e utilizzo che trovano i poteri istruttori nell'ambito dell'esercizio delle competenze delle Corti costituzionale italiana (in generale, e ancor più in particolare, allorché sono implicate "questioni tecniche"), della loro scarsa pregnanza che possiamo assumere come un dato di partenza – suffragato implicitamente e talvolta esplicitamente dal dibattito alimentato durante il ciclo di seminari – *conviene forse ripartire da capo*, imbastendo cioè un discorso preliminare sui poteri istruttori *tout court*, per poi passare a una riflessione, pur concisa, tagliata sull'uso (o sul mancato uso), degli stessi in ambiti caratterizzati o condizionati (o condizionabili) dalla tecnica (a tal proposito, avrò a riprendere e a valorizzare alcuni passaggi delle relazioni di chi mi ha preceduto).

2. *I poteri istruttori della Corte: una finestra di osservazione inedita sulla giustizia costituzionale?*

In via generalissima, si potrebbe osservare che, in realtà, i poteri istruttori costituiscono un angolo di osservazione peculiare (pur, senz'altro, finora non privilegiato) delle caratteristiche assunte dal processo (è forse preferibile l'espressione più ampia di procedimento) nell'ambito della

giustizia costituzionale, riportando da questo punto di vista alla mente alcuni lavori di dottrina illustre che – partiti anch'essi da un angolo visuale apparentemente ristretto – ne hanno viceversa scolpito le fondamenta¹, segnando tra l'altro la definitiva appropriazione della “materia” da parte dei costituzionalisti; non che non vi fossero stati, in precedenza, momenti di attenzione da parte dei grandi maestri del diritto costituzionale, ma questa attenzione non era certo massiccia come invece avvenuto successivamente.

Non è da escludersi, in quest'ottica, che un'operazione interessante possa uscire anche dal tema che adesso ci occupa, perché una difficoltà di comprensione del “fatto” (inteso per adesso in senso molto lato, e nel quale rientrano i dati relativi al contesto nel quale vi è un impatto della normativa o l'esercizio delle competenze, dei poteri e degli enti², anche in ambiti condizionati dalla tecnica) cui – almeno in teoria – l'utilizzo di poteri istruttori potrebbe ovviare, può emergere nelle varie sedi di giudizio della Corte; forse, sempre in teoria, tanto più significativo potrebbe mostrarsi un tale utilizzo nei giudizi “di parti” (principale e conflitti) e ancor più in quelli subordinati alla sussistenza di un concreto interesse ad agire (conflitti tra enti e tra poteri). È vero, ce lo ha insegnato A. Cerri³, che si tratta di giudizi nei quali uno dei pilastri dovrebbe essere rappresentato dal principio dell'onere della prova; tuttavia vicende emblematiche⁴

1. Mi riferisco ad esempio a M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984; a V. ANGIOLINI, *La “manifesta infondatezza” nei giudizi costituzionali*, Padova, 1988; a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

2. Alludendo fin qui a tutte le sedi di giudizio nelle quali opera la Corte; più avanti si farà qualche opportuna precisazione.

3. Spiega A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giur. cost.*, I, 1978, 1348, come in caso di dubbio su fatti concreti o su fatti normativi idonei in qualche modo a legittimare o delegittimare un qualche atto, mancando altro criterio residuale o assorbente, la decisione dovrà essere adottata come se quel fatto non esistesse.

4. Esempio addirittura la vicenda annotata da F. SORRENTINO, *L'individuazione dell'atto che dà vita al conflitto: condizioni di ammissibilità o problema istruttorio?*, in *Giur. cost.*, 1990, 797, relativa a un conflitto tra Regione Liguria e Presidenza del Consiglio dei ministri (ord. n. 140/1990), in ordine ad opere di sistemazione idraulica a fronte di atti di approvazione dei relativi progetti, probabilmente statali ma che la ricorrente non aveva potuto acquisire, nell'ambito delle attribuzioni regionali riguardanti la gestione del territorio, dunque presumibilmente lesivi in concreto delle proprie competenze costituzionalmente garantite. L'Autore affronta la questione generale se la non individuazione da parte del ricorrente dell'atto o degli atti che danno vita al conflitto, per la loro mancata comunicazione, notificazione o pubblicazione o comunque per l'impossibilità di acquisirli, renda inammissibile il conflitto oppure obblighi la Corte a disporre l'acquisizione.

dimostrano come possa inficiarsi non soltanto il merito di un conflitto di attribuzioni, ma addirittura la sua stessa ammissibilità, per via della genericità degli elementi sui quali si basava l'impugnazione, ovvero della mancata determinazione di atti amministrativi alla cui definizione procedimentale cui il ricorrente non avesse avuto accesso, rivendicandone però il diritto nell'ambito delle proprie attribuzioni (come accade, del resto, anche nel giudizio amministrativo, per stessa ammissione del Consiglio di Stato, il quale a più riprese ha rimarcato semmai il problema dei costi delle consulenze, che la Corte costituzionale però non dovrebbe avere⁵, se non per un'esigenza di autolimitazione e in nome del *self-restraint*).

In pratica, l'importanza di (poter) attivare poteri istruttori non può negarsi neanche nel giudizio in via incidentale, rispetto al quale conosciamo tutti molto bene l'importanza che il "fatto" ha assunto; intendendo con tale espressione, lo si è scritto autorevolmente⁶, l'inserimento dei *verba legis* (prescrizioni-fonti) nei contesti umani, laddove il patrimonio cui la Corte può o deve attingere è astrattamente privo di confini predeterminabili⁷; "fatto", dunque, cui potrebbe guardarsi come "sfaccettatura particolare" della concretezza, elemento a sua volta del quale non ho bisogno di ricordare, credo, l'accento posto insistentemente dalla dottrina, e che dovrebbe perciò portare a valorizzare anche i dati (i fatti) dai quali prende le mosse, o sui quali incide o potrà incidere, la legge indubbiata di costituzionalità. Ma la concretezza, come credo sia altrettanto noto, si è studiata quasi sempre, e abbondantemente, da altri punti di vista (per i riflessi che produce sulla rilevanza, sulla pregiudizialità, oppure sulle tecniche decisorie adoperate dalla Corte) o ancora, diversamente, concentrandosi sul fatto in sé (mi vengono in mente, ad esempio, pregevoli lavori di G. D'Amico e di E. Olivito, dopo quelli invece 'storici' di M. Luciani o di A. Ruggeri)⁸.

5. In base infatti all'art. 13, comma 3, n.i., le spese per l'assunzione dei mezzi di prova sono a carico del bilancio della Corte, un bilancio notoriamente florido e sottratto alle forche caudine dei controlli (e delle esigenze) contabili.

6. C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, 1973, 1578, ripreso da 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, 252.

7. C.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012, 186.

8. Alludo qua a G. D'AMICO, "Caso" e "fatti" nella complessiva connotazione della questione di legittimità costituzionale, in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 400, e, ancora dello stesso Autore, al successivo lavoro monografico *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, specialmente con

Ebbene, alla sottoutilizzazione dei poteri istruttori e alla loro sottovalutazione, rispettivamente da parte della giurisprudenza e della dottrina, almeno fino a tempi molto recenti, non si è posto alcun rimedio; si tratta di un angolo di osservazione della giustizia costituzionale nel suo funzionamento che è stato a lungo e direi ingiustamente accantonato, perché il problema non sta soltanto nell'osservare (come molti sembrano limitarsi a fare) che la Corte rinuncia a fruire di un rimedio alla difficoltà di comprensione del "fatto", ma risiede anche, e forse soprattutto, in quello che la Corte non fa (utilizzare strumenti formalizzati) preferendo però operare – questo sì – in altro modo (informalmente, se non sotterraneamente): il problema del *come* si raccolgono informazioni alla Corte, e il *compito della dottrina* di aiutare la Corte nella scelta dei casi e dei modi in cui questo può avvenire, è stato sottolineato opportunamente dal giudice costituzionale N. Zanon nei saluti al Convegno dell'Associazione Gruppo di Pisa svoltosi a Milano nella primavera del 2017, un convegno⁹ che finalmente ha dato adeguato spazio al tema, dedicandovi un'intera sessione, dopo una lunghissima fase di disinteresse mostrato dalla scienza giuridica.

3. Una generale (ed eccessiva) sottovalutazione del profilo di indagine

La sottovalutazione del tema è stata in effetti pressoché generale, approfondendo gli studi mi sono difatti resa conto di non essere tra i pochi ad averlo trascurato: giocando dapprima "in casa", mi sono accorta, ad esempio, della scarsa attenzione per i poteri istruttori della Corte negli stessi volumi degli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale che la scuola pisana ormai da oltre trent'anni propone¹⁰, e ai quali – contribuendovi fin dalla III edizione – mi permetto di fare un breve cenno, non

riferimento all'ultimo capitolo); o ancora a E. OLIVITO, *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. BIONDI - M. D'AMICO (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 135. In passato aveva invece centrato il tema M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 521; ma spunti significativi si sono colti poi, ad esempio, in A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994.

9. I cui atti sono raccolti in F. BIONDI - M. D'AMICO (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., *passim*.

10. Le edizioni sin fin pubblicate, tutte curate da R. ROMBOLI, coprono l'arco temporale 1987-2016. A breve uscirà l'undicesima edizione degli Aggiornamenti medesimi.

trattandosi di mere rassegne giurisprudenziali ma sottoponendo viceversa tutta l'attività della Corte, per così dire, al microscopio e a un'analisi critica. Ebbene, in questi volumi vi è certamente una casistica precisa in ordine agli utilizzi effettivi dei poteri istruttori¹¹ – segnalando anche vicende curiose, come quella del rifiuto ufficiale di trasmettere un documento che era stato richiesto dalla Corte¹², ed annotando puntualmente le pronunce più significative da questo punto di vista, rivelatrici generalmente¹³, anche

11. Una casistica che fa emergere intanto la mancata utilizzazione di tali poteri nell'ambito del giudizio di ammissibilità del referendum; ancora, lascia intravedere qualche sporadico avvalimento dei medesimi nella sede del conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni [sent. n. 884/1988, dalla quale emerge l'ordine della Corte alle parti di produrre una documentazione cartografica, per evidenziare zona e percorso rispetto ai quali era stata autorizzata l'istituzione di una nuova autolinea, in materia di trasporti pubblici; ancora, in quest'ambito, e in vista di modifiche tariffarie, dalla sent. n. 198/1992, si rileva l'acquisizione di vari documenti relativi agli atti preparatori del decreto impugnato, e allo stato di definizione di una convenzione per il sistema urbano integrato, oltre che di una relazione del ministero dei Trasporti; la Corte non si è avvalsa invece di poteri istruttori quando avrebbe potuto evitare una dichiarazione di inammissibilità del ricorso per indeterminatezza (sent. n. 140/1990), come già segnalato alla nota 4)] ed anche nella sede del conflitto tra poteri dello Stato (sentt. nn. 219 e 379/2003, in ordine alla *vexata quaestio* dei conflitti sulle insindacabilità parlamentari, hanno visto la Corte chiedere ai Presidenti d'Assemblea la trasmissione di documenti menzionati negli atti difensivi delle Camere).

12. Nel caso della sent. n. 379/2003, punto 4 del *Ritenuto in fatto*, si dà conto del rifiuto del Presidente della Camera di trasmettere un atto ispettivo dal quale avrebbero tratto origine le dichiarazioni per le quali si procede per conflitto, non essendo lo stesso atto ispettivo stato pubblicato negli "Atti parlamentari", in quanto non qualificabile come interrogazione, bensì come una manifestazione di opinione del deputato interessato nell'esercizio di una facoltà prevista dall'ordinamento parlamentare. Precisava comunque il Presidente della Camera che il contenuto dei documenti richiesti era correttamente riportato nella relazione della Giunta per le autorizzazioni che aveva costituito l'atto parlamentare con il quale era stata introdotta la discussione in Assemblea che aveva condotto alla deliberazione di insindacabilità in questione. Per un caso singolare di contestazione dei dati acquisiti dalla Corte, v. inoltre la nota successiva.

13. Il giudizio in via incidentale appalesa il ricorso della Corte a provvedimenti istruttori ad es. nell'ord. n. 294/1993, per cui dall'avvenuta acquisizione dalle Camere di elementi sul meccanismo degli assegni vitalizi si determina un'autorimessione di questione di legittimità costituzionale sul regime fiscale privilegiato dei parlamentari cessati dal mandato; oppure nell'ambito della questione decisa con sent. n. 226/1993, a seguito della richiesta di dati informativi alla Presidenza del Consiglio dei ministri relativi alla dinamica di stipendi e pensioni, o ancora nelle sentt. nn. 99/1995 e 361/1996 sempre in materia pensionistica; successivamente, si segnalano l'ord. n. 63/1999, con riferimento alla misura dei canoni di locazione di immobili pubblici locati, o la sent. n. 412/2000, per i dati chiesti al Ministero delle Finanze sul sistema di imposizione Irpef dei consiglieri della Regione Lazio, o ancora, la sent. n. 419/2000 nel cui ambito l'uso del potere istruttorio viene tra l'altro contestato

se non sempre¹⁴, della preoccupazione della Corte di conoscere il “costo” delle sue eventuali decisioni di accoglimento – ma senza che essa venga accompagnata da una riflessione circa le potenzialità, o comunque le implicazioni per una lettura “a tutto tondo” dei poteri processuali della Corte; per lo stesso giudizio sulle leggi, che pure ha offerto qualche riscontro più o meno significativo¹⁵, ci si limita ad osservare che proprio la natura dell’oggetto del giudizio medesimo spiegherebbe il raro ricorso ad attività istruttorie (mentre, lo si è sottolineato al par. 2, l’oggetto del giudizio è più composito e sfaccettato di quanto potrebbe sembrare).

Gli stessi manuali più accreditati dedicano generalmente poche righe al nostro tema, talvolta limitandosi a riprendere la disciplina normativa¹⁶ (sulla quale, v. par. 4) o addirittura non gli rivolgono un’attenzione

dalle parti private costituite, per la provenienza delle risposte da Poste s.p.a. quando la legge indubbiata aveva ad oggetto proprio il trattamento giuridico ed economico per dipendenti assunti da Poste a tempo determinato.

14. Problematiche “spurie” emergono ad es. nell’ambito della sent. n. 438/1995, dalla quale si evince che la Corte ha voluto acquisire dal Ministero della Giustizia una serie di dati sul rapporto tra condannati in genere e detenuti malati di HIV, per valutare l’adeguatezza delle strutture penitenziarie e la previsione di rinvio obbligatorio della pena; oppure, dalla sent. n. 353/2002, che dà conto dell’acquisizione di ulteriori dati presso il Consiglio superiore della magistratura, il Ministero della Giustizia, il Ministero delle Infrastrutture, trasporti e ambiente, per arrivare ad escludere la garanzia di imparzialità e indipendenza dei membri laici dei tribunali regionali delle acque pubbliche che provengano dalle pubbliche amministrazioni.

15. Nel giudizio in via principale, pur confermandosi la ‘parsimonia’ della Corte nell’utilizzo dello strumento istruttorio, emerge come tuttavia esso abbia avuto notevole peso nella duplice questione relativa al regime delle “quote latte”, le risultanze istruttorie entrando a far parte della motivazione di alcune sentenze (nn. 272 e 349/2005); ancora, si evidenzia un atteggiamento collaborativo del Governo a fronte delle richieste della Corte (es. nella sent. n. 321/2005 si dà conto del deposito di una copia della relazione allegata al verbale di una riunione del Consiglio dei ministri); oppure, più di recente, si segnala la sent. n. 188/2016 (commentata da G.P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2 maggio 2017), i cui esiti appaiono fortemente condizionati dall’attività istruttorio (dalla quale, anche «emergono plurimi elementi di contrasto con i [...] parametri costituzionali», rivolta nei confronti di entrambe le parti in giudizio, che pongono in rilievo dati concordanti oppure complementari e compatibili, o ancora dissonanti (messi puntualmente in rilievo)); la questione, vertente sull’impatto della legge di stabilità per il 2013 sulla fiscalità della Regione Friuli, viene infine accolta dalla Corte.

16. Cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 318; ancora più sintetica V. MARCENÒ nell’ulteriore edizione del medesimo manuale, 2018, vol. II a sua firma, 169. Stesse considerazioni per E. MALEATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2018, 123.

specifica, pur magari problematizzando sia l'oggetto che il parametro del giudizio della Corte alla luce delle componenti fattuali¹⁷, e ingenerando, nel loro insieme, l'impressione di un tema tutto da ricostruire, in quanto non messo del tutto nitidamente a fuoco. Si distinguono A. Cerri, il cui acume di processualista è peraltro noto, e il quale, oltre a ragionare del modello probatorio (propendendo per un modello a carattere acquisitivo¹⁸), mette soprattutto in evidenza come non l'essersi la Corte mai avvalsa di testimoni (più in generale, di esperti) l'abbia privata di elementi e di conoscenze specialistiche che avrebbero potuto far prevedere sviluppi della realtà tecnica ed economica, questi ultimi che hanno viceversa reso superata certa sua giurisprudenza¹⁹; come pure G. Zagrebelsky, il quale già alla fine degli anni Ottanta segnala come la disciplina sia fortemente lacunosa e come tutto la materia del diritto delle prove dovrebbe essere riconsiderata, anche nella prospettiva del diritto vivente²⁰.

Andando a vedere la letteratura più specialistica, quanto alla convegnistica, compresa in particolare quella dell'Associazione Gruppo di Pisa, che in generale è, notoriamente, molto attenta alle dinamiche della giustizia costituzionale, direi che abbia anch'essa mostrato scarsa sensibilità sul tema, almeno fino al 2017: riprendendo infatti ad esempio gli Atti del Convegno di Milano svoltosi nel 1997, e dedicato al contraddittorio nel giudizio sulle leggi²¹, si può notare come alla relazione di T. Groppi, pure specificamente dedicata ai poteri istruttori, non corrisponda alcun intervento, di quelli che invece solitamente animano con vivacità il dibattito di questi incontri; oppure dagli Atti del Convegno di Siena del

17. È il caso dell'ultima edizione di A. RUGGERI - A. SPADARO, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 83.

18. Cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Padova, 2004, 211, mentre G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 232, evidenzia nella disciplina di autoregolazione della Corte (art. 13 n.i.) un embrione di modello non inquisitorio. Lo studio più accurato dei modelli di istruttoria processuale cui potrebbe ispirarsi anche quello della Corte è stato condotto da G.A. FERRO, *Modelli processuali e istruttoria*, cit., *passim*, esprimendo infine un *favor* per quelli "a gestione integrata" ove le parti e il giudice contribuiscono ciascuno *munere suo* alla determinazione della piattaforma su cui dovrà fondarsi la decisione.

19. È curioso peraltro osservare come proprio A. CERRI, dopo le proprie acute osservazioni nel manuale del 2004, abbandoni il tema rispettivamente nel corso del 2012 e nelle lezioni del 2013, peraltro di taglio differente rispetto al manuale, essendo dedicati questi due ultimi volumi alla giustizia costituzionale 'plurale' il primo, e alla giustizia 'globale' il secondo.

20. V. ancora G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 233.

21. Cfr. V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998.

2007, dedicato ai principi generali del processo davanti alla Corte, il tema rimane addirittura tra le righe della trattazione, ancora una volta, del più ampio contenitore (potremmo dire) del contraddittorio, da parte di F. Benelli; bisognerà aspettare pertanto il menzionato Convegno di Milano del 2017, dove finalmente un'intera sessione (e relativo dibattito) verrà dedicata all'istruttoria, con pregevoli relazioni da parte di M. Nisticò e A. Iannuzzi²². E ancora, è da osservare che si rinvengono in dottrina solo due opere monografiche, di T. Groppi e A.C. Ferro (diversamente datate e di taglio assai differente tra loro²³), e qualche saggio sicuramente significativo, già dei decenni precedenti, ma comunque sporadico²⁴ o nel quale il tema entra con caratteristiche "interstiziali"²⁵.

Allora, tirando provvisoriamente le fila del discorso, possiamo forse dire di trovarci di fronte a un vizio diffuso: la dottrina (anche coloro che, come T. Groppi, hanno maturato una significativa esperienza di assistenti

22. Cfr. M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, e A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, entrambi in F. BIONDI - M. D'AMICO (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., rispettivamente 49 e 91; senz'altro pregevole anche la già menzionata relazione di E. OLIVITO, contenuta nel medesimo volume ed inserita nella stessa sessione del Convegno, tuttavia più centrata – come evidenziato alla nota 8 – sul fatto in sé.

23. Cfr. T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; C.A. FERRO, *Modelli processuali e istruttoria*, cit., *passim*.

24. Sicuramente da ricordare i saggi di A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, 1497; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1335; M. CHIAVARIO, *Ordinanze istruttorie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità promossi in via incidentale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, vol. I, 215; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 521. Da segnalare anche un successivo *Quaderno tematico della Rivista di diritto costituzionale* [A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, 2002] nel quale emerge a più riprese una sensibilità per il nostro tema (v. il lavoro di base di A. COINU e A. DEFFENU, e gli interventi di M. CARLI, M. CHIAVARIO, T. GROPPI, J. LUTHER, V. ONIDA, A. PUGIOTTO e E. ROSSI) e in generale l'esigenza di un maggior coordinamento tra le norme che disciplinano i giudizi innanzi la Corte, toccandosi così un punto decisivo che riprenderò nella trattazione (par. 5).

25. Ad es. nel già menzionato lavoro di G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio*, cit., *passim*, gli Autori sembrano particolarmente avvertiti del problema, pur dedicando il loro sforzo congiunto alla centralità del fatto nelle decisioni della Corte, da cui traggono l'esigenza di un diritto probatorio in tutte le sedi di giudizio, anche quella referendaria.

di studio dei giudici costituzionali) si è concentrata su *ciò che la Corte fa* (casomai, come G. Brunelli e A. Pugiotto, sollecitando l'adeguata formalizzazione di un "diritto alla prova"), trascurando viceversa *ciò che essa non fa* ma che potrebbe, o addirittura dovrebbe, fare (se si assume la prospettiva del potere/dovere della Corte costituzionale quale giudice, sia pure *sui generis*). Non che sia semplice – ovviamente – imbastire un discorso su ciò che sfugge, o che al massimo è diluito tra le pieghe dell'argomentazione. Ma ricevendo pochissimo e talvolta, addirittura, nessuno spazio di attenzione, il profilo dei poteri istruttori appare un po' come un fiume carsico, cioè scorre sotterraneo (tanto più che le ordinanze della Corte, da questo punto di vista, non vengono più numerate dal 1986, bensì meramente allegate o addirittura ricavabili esclusivamente dalla motivazione, essendo oggetto di un provvedimento interlocutorio e separato), talvolta affiora in superficie (a proposito del giudizio in via principale, ad esempio, E. Rossi segnala il corretto ricorso all'istruttoria formalizzata sin dal 2001, con deposito in cancelleria e messa a disposizione delle parti del giudizio²⁶) ma poi si inabissa di nuovo: se è vero che le ordinanze istruttorie calcolate da M. Nisticò nel 2016, in vista della sua relazione al Convegno di Milano, non superavano il numero di 93, e G. Rivosecchi – nel corso di uno seminari di questo ciclo torinese – ne menziona altresì un totale di 94 nel 2019 (difficile controllare le statistiche, dovendosi inoltrare richiesta formale al Presidente della Corte di un estratto dei provvedimenti in questione dalla cancelleria), quasi mai, oltretutto, sfociando tali ordinanze in pronunce che abbiano fatto la storia della Corte costituzionale italiana²⁷, si tratta di un dato che rivela una posizione risoluta della Corte nel senso del *non utilizzo* (anche se i dati messi opportunamente a disposizione da *Consulta on line*, a margine della giurisprudenza dell'anno 2019, potrebbero leggersi in controtendenza).

26. Cfr. E. Rossi, *Il giudizio in via principale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Torino, 2002, 141, che evidenzia da questo punto di vista un significativo cambio di prassi, rispetto al passato che aveva visto iniziativa del giudice relatore e non una delibera della Corte (né, tantomeno, il successivo deposito in cancelleria degli elementi acquisiti), garantendo così il rispetto della procedura, del diritto alla difesa delle parti costituite in giudizio, la trasparenza del procedimento complessivamente inteso.

27. Se si eccettua forse la vicenda che ha condotto all'affermazione dell'insindacabilità degli *interna corporis acta* di cui alla sent. n. 9/1959; ancora, la famosa sent. n. 14/1964, Costa/Enel, che ha segnato una tappa fondamentale nella costruzione dei rapporti dell'ordinamento italiano con quello (allora) comunitario, si segnala per aver utilizzato la Corte alcuni dati e osservazioni critiche prodotti dalle difese delle parti costituite in giudizio, nella prospettiva di valorizzazione degli atti di causa, di cui farò cenno, *infra*, al par. 5.

4. *Un paradosso apparente: poteri processuali della Corte versus effettivi utilizzi dei medesimi*

Il problema è serio, anche perché negli artt. 13 della legge n. 87/1953 e 12-14 n.i. campeggia un potere molto vasto (pur non del tutto puntualizzato, come sottolinea fra gli altri M. Nisticò, sostenendo la vaghezza e l'opacità di queste previsioni): la previsione legislativa secondo cui la Corte può disporre con ordinanza alcuni mezzi di prova (audizione di testimoni e, anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi, come potrebbe essere tipicamente quella in materia di segreto di Stato, il richiamo di atti o documenti) si amplifica infatti nelle norme integrative, che con una clausola praticamente in bianco consentono l'assunzione di tutti quei mezzi di prova che la Corte ritenga opportuni, soltanto stabilendo termini e modalità da osservarsi a tal fine. Emerge, sì, un qualche elemento di attenzione alle parti, nelle previsioni rispettivamente dell'art. 13, comma 2, n.i., in base alla quale, in caso di assunzione dei mezzi di prova (che ha luogo a cura del giudice per l'istruzione con l'assistenza del cancelliere, che a sua volta redige il verbale), le parti sono avvertite dal cancelliere dieci giorni prima di quello fissato per l'assunzione; e dell'art. 14 n.i. in vista della chiusura dell'istruttoria (espletate le prove, i relativi atti sono depositati nella cancelleria) e della riconvocazione della Corte (il cancelliere, almeno trenta giorni prima della data fissata per la nuova udienza o riunione in camera di consiglio, dà comunicazione del deposito alle parti costituite); ma si tratta di un simulacro, appena, di contraddittorio, che presupporrebbe – per essere considerato davvero tale – un'apertura al contributo fattivo delle parti durante l'assunzione delle prove e non soltanto sulle risultanze istruttorie.

Alla costruzione di un diverso percorso istruttorio, che pure non si traduca in regole troppo somiglianti a quelle dei codici di procedura, le cui maglie strette la Corte potrebbe difficilmente tollerare, non si è tuttavia messo mano con la riscrittura delle norme integrative intervenuta, come si sa, nel 2008 dopo una lunga gestazione²⁸, e che indubbiamente ha avuto un certo peso, in altre direzioni e sotto altri profili²⁹. Addirittura si sarebbe trattato di un'«occasione mancata» per la Corte, secondo M. D'Amico, che in questi termini si è espressa nella bella relazione introduttiva al summen-

28. Cfr., tra gli altri, A. RUGGERI, *I giudizi di costituzionalità tra riforma delle norme integrative e autoriforma della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 2002, fasc. 1, 3.

29. Sul tema, per tutti, E. LAMARQUE, *Le nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2009, 113.

zionato Convegno di Milano del 2017³⁰. Peraltro non si può considerare realistica la ‘via d’uscita’ (che in astratto pure ci sarebbe) del rinvio operato dall’art. 22 della legge n. 87/1953 alle norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, e dunque dell’utilizzabilità delle norme sul processo amministrativo: a tacere qui dell’annoso problema, in sé, della natura di tale rinvio, vale la pena di segnalare come il tema sia stato ricostruito molto bene da N. Pignatelli, nella sua prima monografia³¹ e più recentemente in un volume dedicato ad A. Pizzorusso³², evidenziando come la Corte si sia attribuita la titolarità del giudizio di applicabilità, e dunque di comparazione, tra la struttura del processo amministrativo e quella del processo costituzionale; ricavando del primo l’idea di un *canovaccio cedevole*, fatto a brandelli sull’altare dell’autonomia (se non addirittura, dell’anomia) di quest’ultimo processo, un canovaccio che non appare rivitalizzato da entrata in vigore del c.p.a., che pure è informato espressamente ai principi del giusto processo.

In mancanza di un percorso istruttorio ben tratteggiato, e al cospetto dei poteri ampi che la Corte dunque possiede, si delinea un paradosso, quello degli scarsi utilizzi che la Corte ne fa, il quale tuttavia è da ritenersi solo apparente, se coglie nel segno la supposizione già accennata, di un’astensione (presumibilmente) consapevole: le risultanze istruttorie potrebbero per così dire imbrigliare la Corte, costringerla cioè in un percorso decisionale che di esse tenga conto. Per un certo verso, comunque, la cosa è curiosa, tanto più considerando che, per altri significativi aspetti, laddove non risultino già codificati poteri processuali, la Corte se li va invece costruendo in via pretoria; pensiamo soltanto alle tecniche decisorie, con esempi recenti (sentt. nn. 113/2011, che prevede la riapertura del processo penale dopo una condanna dell’Italia a Strasburgo, con un’additiva di principio molto particolare, oppure 10/2015, notissima sulla c.d. Robin Tax, che dispone la limitazione degli effetti temporali di una pronuncia chiaramente di incostituzionalità *ab origine* della disposizione indubbiata) e recentissimi (ord. n. 207/2018, sul caso Cappato, di “prospettata incostituzionalità” secondo il Presidente Lattanzi; per non dire di tutte le

30. V. M. D’AMICO, *La Corte e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D’AMICO - F. BIONDI, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 18.

31. N. PIGNATELLI, *Le “interazioni” tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, 2008.

32. N. PIGNATELLI, *Il rinvio dell’art. 22 l. n. 87/1953 al r.d. n. 642/1907: l’inutilità del processo amministrativo e l’anacronismo di un processo costituzionale “senza codice”*, in AA.VV., *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2018, 227.

pronunce in materia penale che stanno trasformando la tesi crisafulliana dell'intervento della Corte a rime obbligate in quella, assai differente nei significati, delle "rime adeguate", su cui *infra*, par. 6.3)].

Intendiamoci, l'utilizzo di poteri processuali rappresenta, o può costituire a sua volta, un problema, nella misura in cui, almeno questa è la mia personale sensazione degli ultimi anni, la Corte vada maturando una concezione molto ampia del proprio ruolo (sempre dalla richiamata sent. n. 10/2015 ricaviamo ad esempio un'affermazione forte quale quella secondo cui la Corte è «custode della Costituzione nella sua integralità»³³), mentre in altri frangenti storici emergevano i contorni di un più modesto potere di emendamento, di (mera) correzione cioè delle storture più vistose del legislatore, sul presupposto delle molteplici prospettive di attuazione della Costituzione, nella sua componente programmatica; ebbene possono esserci poteri assai pregnanti e non formalizzati che la Corte si arroga, giustificati a loro volta (ma in astratto discutibili) in virtù del ruolo ampio che essa ritiene di dover svolgere. Ma quello dei poteri rivendicati, o semplicemente autoassunti dalla Corte, è un fronte su cui la dottrina in genere sta indubbiamente lavorando³⁴, come del resto, altri sentieri tradizionalmente meno battuti, se non addirittura negletti, dei procedimenti davanti alla Corte, tracciati entro confini "angusti" da una scarna normativa di riferimento, hanno sollecitato o stanno sollecitando alla riflessione (così ad esempio il tema dell'intervento dei terzi, o il profilo dei poteri cautelari, in alcuni momenti hanno avuto una certa fortuna,

33. Cfr. l'*incipit* del punto 7, *Considerato in diritto*, sent. n. 10/2015 (l'enfasi è aggiunta): «Nel pronunciare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate, questa Corte non può non tenere in debita considerazione l'impatto che una tale pronuncia determina su altri principi costituzionali, al fine di valutare l'eventuale necessità di una graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti. Il ruolo affidato a questa Corte come custode della Costituzione nella sua integralità impone di evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, «effetti ancor più incompatibili con la Costituzione» [...] di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa. Per evitare che ciò accada, è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro».

34. Lo testimoniano anche i tanti convegni dedicati di recente, o tuttora in gestazione, alla giustizia costituzionale e alle sue nuove stagioni (alcuni titoli: *Una nuova stagione creativa per la Corte costituzionale*, Treviso 17 maggio 2019; *Recenti tendenze in tema di accesso alla Corte costituzionale*, Roma 22 maggio 2019; *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, Torino 17 e 18 ottobre 2019; *Il sistema 'accentrato' di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019).

per i conflitti di attribuzione; come da ultimo il vasto contenitore del contraddittorio sta riguadagnando l'attenzione degli studiosi della giustizia costituzionale³⁵); in questo scenario, allora, riportare l'attenzione *anche* sui poteri istruttori non pare peregrino.

5. *Per dare nuova linfa al tema: qualche spunto metodologico*

A corroborare una prospettiva del genere, che rivaluti il tema al centro di questo seminario conclusivo, giova – direi – qualche considerazione di metodo. Anzitutto, sarebbe da rivalutare criticamente il perimetro circoscritto nell'ambito del quale sono stati prevalentemente collocati i poteri istruttori, visto che pure coloro che vi hanno dedicato uno sforzo monografico sono stati più attenti al giudizio sulle leggi; a tacere anche del fatto che l'uso dei poteri istruttori è stato “maggiore” (in senso relativo, naturalmente, attese le grandezze numeriche delle diverse sedi di giudizio) nei conflitti di attribuzione tra enti, e comunque – abbiamo già detto – si è assistito fin dal 2001 ad un utilizzo “più formalizzato” dei medesimi nel giudizio in via d'azione, è da chiedersi anche dal punto di vista teorico se sia davvero possibile dedicarsi soltanto al controllo sulle leggi. Non pare soddisfacente il tradizionale inquadramento manualistico nel senso di un processo di diritto tendenzialmente obiettivo perché si è messo abbondantemente in evidenza come almeno il giudizio in via incidentale comporti un sindacato su “fenomeni normativi”, per i segni che la norma lascia sul tessuto sociale, implicando una tutela della *lex* e degli *iura*, quali componenti inscindibili e inestricabili nell'opera del giudice costituzionale³⁶; ma anche per il giudizio in via principale si sono fatte di recente nuove considerazioni³⁷, alla luce dell'incidenza non infrequente sulla sfera dei diritti soggettivi.

35. V. ad es. il tema del seminario organizzato il 18 dicembre 2018 dalla Corte costituzionale, dedicato a *Interventi di terzi e amici curiae nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza delle altre corti nazionali e sovranazionali*, nell'ambito del quale ha presentato una relazione T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, pubblicata in *Quad. cost.*, 2019, 371. V. anche *infra*, par. successivo.

36. Tra gli altri, G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria*, cit., 184, che sottolinea anche come il patrimonio fattuale cui la Corte può o deve attingere mostri natura e intensità variabile, compreso il contesto e le sollecitazioni dei quali la legge spesso sarebbe frutto, a loro volta condizionati da fattori di conoscenza ed elementi espressi latamente culturali.

37. Cfr. ad es. D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti. I parametri sostanziali nel giudizio in via principale*, in *Quad. cost.*, 2019, 131.

E probabilmente lo stesso duplice ordine di motivazioni adoperato da T. Groppi nel 1997, che adduceva, per un conto, il rinvio dalla disciplina dei conflitti di attribuzione (artt. 26-27 n.i.) a quella del giudizio sulle leggi (non è detto che esso sia ottimale), e per un altro la somiglianza al giudizio amministrativo (con rinvio alle norme di procedura del Consiglio di Stato che però – abbiamo parimenti già detto – di fatto non funziona) sarebbe probabilmente suscettibile di una rivisitazione, dunque di una rivalutazione da parte della stessa Autrice, ad oggi³⁸. Se poi – come fa la stessa T. Groppi – si finisce per ammettere che la Corte rivela un comportamento generalizzato, a prescindere dalla sede di giudizio, allora ci viene fornito un argomento nel senso di un’auspicabile attenzione ai poteri istruttori, per così dire, a trecentosessanta gradi. Tagli ulteriori di indagine forse più proficui, o comunque direttrici di approfondimento possibili dei poteri istruttori, sarebbero dunque quelli “trasversali” rispetto alla sede di giudizio nella quale la Corte opera, valutando viceversa e più direttamente i destinatari delle richieste di approfondimento istruttorio, il rapporto con il macrotema del contraddittorio, l’incidenza delle richieste medesime su profili plurimi (oggetto e parametro del giudizio della Corte, motivazione della pronuncia), e ancora le finalità di tali richieste.

Con riguardo anzitutto ai destinatari delle richieste della Corte, mi sembra opportuno richiamare l’efficace espressione di M. Chiavario che ragionava già oltre trent’anni addietro nei termini di un «interpello»³⁹, preceduto presumibilmente da una valutazione circa il grado di affidabilità e l’effettiva disponibilità dei dati, da parte degli interlocutori (l’atteggiamento complessivo, per così dire), e che comunque conduce in concreto, spesso e volentieri, all’individuazione di soggetti istituzionali; sovviene, semmai, il dubbio di un trattamento sbilanciato, da parte della Corte, delle “parti” costituite nel giudizio in via incidentale, e delle vere e proprie parti degli altri giudizi: perché se è vero che la Corte concentra il grosso delle sue richieste nella Presidenza del Consiglio e nei ministeri (in qualche caso nei Presidenti delle Camere, raramente nelle parti o comunque in soggetti privati), ed è altresì evidente come a sua volta il Presidente del Consiglio intervenga quasi sempre come *defensor legis*, o dell’atto comunque impugnato (che è spesso, anche nei conflitti, di provenienza dell’esecutivo), la prospettiva risultante è allora quella di consentire, per il tramite delle risultanze istruttorie, una sorta di integrazione delle difese da parte del potere governativo centrale; una prospettiva che meriterebbe probabilmente di venire ridiscussa.

38. Cfr. T. GROPPi, *I poteri istruttori*, cit., 157.

39. Cfr. M. CHIAVARIO, *Ordinanze istruttorie*, cit., 22.

Forse non a caso, a tal proposito, A. Baldassarre ci ricordava l'origine storica dell'idea di acquisire dati attraverso gli organi preposti alla statistica ufficiale, derivante dalla concezione del potere governativo come avente il «monopolio dell'azione», spettandogli cioè in esclusiva il potere di raccogliere quei dati in mancanza dei quali l'azione pubblica non sarebbe possibile o risulterebbe cieca, e più in generale essendo la P.A. preposta alla cura dell'interesse generale; una concezione che la Costituzione repubblicana però rigetterebbe, istituendo una struttura pluralistica dei poteri fondamentali e riconoscendo a ciascun organo costituzionale il potere di acquisire autonomamente i dati di cui abbisogna⁴⁰. E forse questa stessa sensibilità dell'Autore contribuisce a spiegare il tentativo che Egli stesso fece, durante la propria presidenza alla Corte costituzionale, di istituire un vero e proprio Ufficio per la documentazione e quantificazione finanziaria dei costi delle pronunce, che poteva ricorrere ad una cinquantina di fonti diverse, la cui ricerca veniva allegata a quella degli assistenti di studio (determinando dunque una pre-istruttoria, ma senza avere poi sfocio nel deposito di veri e propri atti conoscibili dalle parti), e che ebbe tuttavia, come noto, una vita abbastanza breve (dal 1995 al 2000).

Il profilo specifico delle scelte da parte della Corte dei propri interlocutori ufficiali si riconnette poi – per le conseguenze in termini di possibile squilibrio tra le posizioni processuali dei soggetti coinvolti nei giudizi che (come abbiamo accennato) esse sono in grado di provocare, ma anche più in generale – all'ampio tema del contraddittorio (e della sua eventuale apertura) nei procedimenti di fronte alla Corte; un tema, come noto, concepito piuttosto restrittivamente dalla disciplina di riferimento, ma che ha offerto il fianco a molteplici obiezioni, e che nell'ottica di completare, o quantomeno arricchire, la gamma degli elementi istruttori potenzialmente utili alla valutazione della Corte, potrebbe contemplare pareri *pro veritate* voluti dalle parti, come pure interventi di terzi (che a loro volta potrebbero risultare qualificati sul piano delle specifiche competenze, oppure risultare portatori di ulteriori interessi) disposti direttamente dalla Corte ovvero previa specifica istanza di partecipazione al giudizio. Un'implementazione del contraddittorio dunque che richiama in qualche modo l'esperienza già collaudata della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴¹, come ha ricordato M. D'Amico nell'introduzione al più volte menzionato Convegno di

40. A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi*, cit., 1503.

41. Peraltro A. IANNUZZI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui limiti alla ricerca scientifica nel contesto del dialogo a distanza fra le Corti costituzionali e internazionali. Il caso della ricerca in campo genetico*, in A. IANNUZZI (a cura di), *La*

Milano del 2017), e che peraltro mostra già nell'esperienza della nostra Corte più di un'aporia (i criteri non sempre chiarissimi in base ai quali si consente qualche limitato ingresso di terzi nel giudizio⁴², ma soprattutto la presa d'atto sostanziale del punto di vista dei terzi, salvo poi dichiarare la Corte, dal punto di vista formale, l'inammissibilità di molte richieste di intervento). Si tornerebbe, qui, a dar smalto all'esigenza di una valutazione complessiva del significato e del valore delle regole processuali (i cui principi e le cui categorie si comprende possano stare "strette" se la Corte tende ad assumere un ruolo da "colegislatore"), perché se si ampliassero gamma e utilizzi dei poteri istruttori, probabilmente si dovrebbero rivalutare tanti profili intimamente connessi: l'istruttoria che risalta, dunque, come tassello di un mosaico ben più vasto.

Un altro modo di guardare obliquamente al nostro tema deriva dalla sua capacità di incidenza su profili vari: non solo sull'oggetto del giudizio della Corte, come viene istintivamente da pensare, ma anche sul parametro o sui parametri, (specialmente laddove la norma costituzionale assunta a criterio di giudizio contenga una clausola generale o un concetto indeterminato (utilità sociale, buon costume) la cui precisazione non può non avvenire per mezzo di un riferimento decisivo alla realtà sociale, oppure sia direttamente attributiva di diritto (che può essere un diritto sociale che va confrontato con la situazione di fatto cui era (sarebbe stato) tenuto a rifarsi il legislatore⁴³, ma pure una libertà civile che vada ad esempio misurata sui poteri limitativi attribuiti ad una autorità amministrativa, in nome di un interesse antagonista, la cui consistenza andrà vagliata alla luce delle caratteristiche effettive della situazione di fatto⁴⁴); e perfino sulla motivazione, come argomento talvolta retorico ma nel senso migliore del termine, per renderla plausibile, più incisiva, e dunque più convincente,

ricerca scientifica fra possibilità e limiti, Napoli, 2015, 61, mette lucidamente in luce anche le criticità dell'approccio della stessa Corte europea alle valutazioni tecnico-scientifiche.

42. Fresco esempio di intervento dichiarato ammissibile si ricava dall'ord. n. 204/2019, nella vicenda dei decreti c.d. Salva Ilva, secondo cui «l'intervento di ArcelorMittal Italia spa è ammissibile, posto che essa, quale concreto gestore dello stabilimento, è titolare di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalle norme censurate, avendo il giudice rimettente censurato le menzionate disposizioni perché, oltre a esonerare da responsabilità penale i gestori dello stabilimento, autorizzano «in ogni caso» la prosecuzione dell'attività produttiva presso lo stabilimento ILVA di Taranto in pendenza di sequestro penale sino al 23 agosto 2023».

43. S. BARTOLE, *Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione*, in *Giur. cost.*, 1983, I, 575.

44. R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 126.

come osserva A. Cerri nel suo ottimo manuale, richiamando Perelman⁴⁵. È ancora A. Baldassarre, a tal proposito, a spiegare acutamente che quando l'attività conoscitiva incide direttamente sulla parte motiva della decisione, attinendo alla determinazione dell'oggetto e del parametro da raffrontare, e dunque essendo prodromica alle enunciazioni fondative del giudizio⁴⁶, potrebbe raccomandarsene un'assunzione formale⁴⁷; mentre nel diverso caso di elementi che la Corte voglia procacciarsi perché utili a fondare asserzioni di fatto dirette a rendere più convincente la decisione adottata, corroborandone l'efficacia, trattandosi comunque di elementi inessenziali della motivazione medesima, sarebbe massimamente opportuna l'informalità, per evitare che una richiesta formale di dati acquisti il senso di un ingiustificato atto dilatorio⁴⁸.

E infine, ma non ultimo in termini di rilievo potenziale, un approccio efficace al tema potrebbe essere quello di guardare alle finalità delle richieste di approfondimento istruttorio che la Corte ha fin qui effettuato e che potrebbe astrattamente reiterare: se, tradizionalmente, lo scopo evidente era quello di favorire l'accertamento di vizi formali dell'atto legislativo indubiato o la legittimità di leggi provvedimento⁴⁹, successivamente sembrano aver fatto premio esigenze di approfondimento del giudizio di ragionevolezza, che notoriamente la Corte spesso compie⁵⁰, come pure, e forse ancor di più, di comprensione di quali possano essere le conseguenze

45. A. CERRI, *Corso di giustizia*, cit., 213.

46. Particolarmente efficace, a tal proposito, la sintesi in ordine al complesso di fattori che si traduce nelle motivazioni dell'organo di giustizia costituzionale operata da S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998, 45-46.

47. Ho già fatto riferimento alla sent. n. 188/2016 (*supra*, nota 15) che nella sede del giudizio in via principale rappresenta un esempio importante di pronuncia per la quale gli esiti istruttori hanno costituito un presupposto centrale della decisione.

48. A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 1499, che commenta un caso abbastanza paradossale in cui l'istruttoria è stata svolta formalmente (disposta con ord. n. 153/1973) ma, a guardar bene, forse non sarebbe servita: sapere infatti quali sono le lavorazioni stagionali di durata inferiore a sei mesi, e qual è il numero dei lavoratori soggetti a disoccupazione nei periodi di sosta, non poteva modificare i termini del giudizio richiesto alla Corte (raffronto tra mancata previsione normativa del diritto all'indennità di disoccupazione per i lavoratori stagionali e parametro dell'art. 38 Cost.).

49. T. GROPPI, *I poteri istruttori*, cit., 225, ricorda come questo sia stato terreno privilegiato per l'utilizzo dei poteri istruttori.

50. G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria*, cit., 188, sottolinea come nella prospettiva del sindacato sull'eccesso di potere legislativo la Corte debba valutare elementi fattuali (la congruità dell'intervento legislativo, l'adeguatezza del medesimo rispetto alle situazioni concrete) capaci a loro volta di valorizzare le immense potenzialità dell'istruttoria.

finanziarie delle proprie decisioni. Paradigmatico, da questo ultimo punto di vista, è apparso (in controluce, non essendo in realtà la Corte ricorsa formalmente all'istruttoria) il frangente giurisprudenziale del 2015: ad una pronuncia controversa quanto ormai celebre come la già menzionata sent. n. 10/2015 sulla Robin Tax, nella quale la Corte evidentemente ha tenuto conto dei costi della pronuncia per le casse dell'Erario, sino a modularne decisamente gli effetti temporali, ha fatto seguito un'altra nota pronuncia (sent. n. 70/2015 sul blocco della perequazione delle pensioni) nella quale, all'opposto, la Corte è sembrata disinteressarsene del tutto, anzi scaricando in modo singolare le responsabilità sul legislatore (che avrebbe mancato di motivare il blocco in materia previdenziale, per l'appunto, con la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie); suscitando con ciò le proteste del Ministero dell'Economia per la mancata valutazione dell'impatto economico della sentenza⁵¹, e determinando (forse anche per reazione) un certo attivismo parlamentare, culminato con il c.d. disegno di legge Lanzillotta (A.S., XVII legislatura, n. 1952, non tradottosi poi, peraltro, in una novella alla legge n. 87/1953), in base al quale sarebbe stato possibile per la Corte richiedere una relazione all'Ufficio parlamentare di bilancio⁵², istituito a sua volta nel 2012, dunque accedere ad una fonte qualificata, quanto indipendente, capace di fornire autorevolmente dati sulla cui base ispesire la parte motiva delle proprie decisioni.

Come credo sia evidente, sotto quest'ultimo angolo visuale ma più in generale, il punto dell'uso o del mancato uso dei poteri istruttori, diventa estremamente delicato, portandosi inevitabilmente il sindacato della Corte "a ridosso" della dinamica legislativa. E dunque condivido pienamente l'osservazione⁵³ secondo cui finalità, non evidenti ma da ritenersi sottese allo svolgimento dell'istruttoria, in sé apparentemente sprovvista di qualsiasi logica, sarebbero plausibilmente anche quella di un 'dialogo' con la pubblica opinione, al cui controllo critico meglio si può far fronte rendendo manifeste all'«uditio universale» alcune argomentazioni (alorché si reputi necessario far trasparire di aver preso in considerazione taluni elementi); come pure l'altra dell'apertura di un canale di comuni-

51. Come rilevato prontamente da M. ESPOSITO, *Il decreto-legge in-attuativo della sent. n. 70/2014 della Corte costituzionale*, in www.osservatoriocostituzionale.it, fasc. n. 2/2015, e A. MORELLI, *La Corte nel gioco dei bilanciamenti*, in *Quad. cost.*, 2015, 712.

52. La vicenda è analiticamente ricostruita da M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio*, cit., 81.

53. Ben segnala tali finalità di utilizzo dei propri poteri, che a loro volta denoterebbero la concezione che di essi ne ha la Corte, T. GROPPI, *I poteri istruttori*, cit., 250-257.

cazione della Corte con gli ulteriori soggetti poteri pubblici, nell'ottica di una propria più forte legittimazione all'interno della forma di governo, e anche a corroborare una certa efficienza operativa (ad esempio, potrebbe tornare utile alla Corte lasciar intuire, attraverso le ordinanze istruttorie, di voler abbracciare una logica 'dilatatoria' o 'monitoria', rispetto a imminenti o future decisioni che tuttavia un intervento del legislatore potrebbe ancora scongiurare).

Non voglio tuttavia, in conclusione di questa parte generale del mio intervento, tralasciare di segnalare anche alcuni possibili elementi di ridimensionamento del (o comunque capaci di dare una diversa collocazione al) problema dello scarso uso dell'istruttoria formalizzata: *spezzerei cioè anche qualche lancia* a favore della Corte che opera nella informalità: anzitutto, si deve sempre ricordare come essa possa acquisire dagli atti di causa fatti e informazioni già tematizzati dal giudice *a quo*⁵⁴ (non attore ma "introduttore" del processo), e anche ordinare alle parti costituite in giudizio il deposito dei propri fascicoli⁵⁵; senza che tuttavia alcuna conseguenza giuridica possa trarsi dall'inerzia o trascuratezza che derivi dal mancato adempimento dell'ordine di deposito, in virtù del fondamentale carattere di autonomia della seconda fase del giudizio in via incidentale rispetto a quella per così dire genetica nella quale la questione di costituzionalità viene sollevata, né dovendosi all'opposto considerare la Corte necessariamente "imbrigliata" dalle acquisizioni formalizzate che invece risultino disponibili.

Ancora, in qualche modo speculare si presenta il discorso rispetto ai fatti che costituiscono il presupposto delle scelte del legislatore: dovendo la Corte "fronteggiare" la discrezionalità del legislatore (o meglio, cogliere il punto nel quale essa si traduca in una scelta irragionevole), così come il giudice amministrativo presidia l'eventuale eccesso di potere della pubblica amministrazione, proprio il fatto della posizione partigiana, o comunque non neutra dei potenziali interlocutori, che abbiamo visto sopra essere i più frequenti destinatari delle richieste istruttorie, può convincere la Corte stessa che sia meglio acquisire elementi per vie diverse; ad un'istruttoria che avrebbe il tratto della «clandestinità» – non tanto con riguardo al collegio quanto rispetto alle parti, venendo condotta dagli

54. Pur "colorati" dalla loro natura giurisprudenziale o comunque pratica-applicativa secondo la pregnante espressione di M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio*, cit., 34, essendo i fatti qualificati dall'attività già svolta dal magistrato.

55. Lo evidenziava con lungimiranza, agli albori dell'esperienza di giustizia costituzionale in Italia, R. CHIEPPA, *Osservazione all'ord. n. 127/1957*, in *Giur. cost.*, 1957, 1222.

assistenti dei giudici costituzionali allorché inseriscono nelle loro ricerche non solo norme, dottrina e giurisprudenza, ma anche altro materiale ritenuto utile per la decisione – si era pertanto opportunamente riferito M. Carli in un suo intervento di qualche anno addietro⁵⁶.

Di più, accedendo a un utilizzo formalizzato dei poteri istruttori la Corte dovrebbe scontare tempi del giudizio diversi (ma forse, da tale punto di vista, oggi potrebbe permetterselo, attese le statistiche sui numeri dei procedimenti innanzi la Corte a tutti note, che restituiscono una mole complessiva di attività assai inferiore a quella di frangenti temporali progressi); e infine, questo punto – sì – mi pare di un certo peso, la Corte dovrebbe sdrammatizzare il problema del rischio di una cristallizzazione della propria pronuncia nella successiva giurisprudenza (se il problema che ne ha costituito l'*occasione* non torna, ed invece i dati fattuali astrattamente fruibili vengano a variare), a differenza del legislatore che sotto questo angolo visuale si trova invece in una posizione ottimale, potendo evidentemente sempre e nuovamente intervenire (la sent. n. 5/2018 sugli obblighi vaccinali, sulla quale tornerò nel par. 6.2, quasi plasticamente lo dimostra). Si rovescia, a tale riguardo, l'osservazione pur pregevole di A. Cerri (*supra*, par. 3), in base alla quale, in buona sostanza, l'ancoraggio al dato fattuale, tecnico, potrebbe evitare a una decisione di nascere già vecchia, perché l'accentuazione di tale legame finirebbe parimenti per connotare la medesima decisione sul piano temporale, e a renderla a ben guardare prodotto (per così dire) di un'epoca.

6. *Poteri istruttori e “questioni tecniche”: di quale tecnicità andiamo parlando?*

6.1 *Le questioni inerenti normative i cui contenuti sono elaborati (o che trovano fondamento) nelle scienze esatte*

Volendo cercare un precipitato delle riflessioni fin qui svolte nelle relazioni di chi mi ha preceduto⁵⁷, per quanto ho potuto leggere nei re-

56. M. CARLI, *Il potere istruttorio*, in A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI (a cura di), *Le norme integrative*, cit., 367.

57. Preme segnalare che dopo lo svolgimento del seminario conclusivo del ciclo torinese è uscito il bel saggio di uno dei curatori di questo *Volume* (V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quad. cost.*, 2019, 393), nel quale si mette esattamente a fuoco il tema che qui ci interessa.

lativi resoconti – anche per dare senso compiuto al titolo prescelto per il presente seminario, che potremmo sintetizzare in quello di “Poteri istruttori e questioni tecniche” – come ho già accennato in premessa la risposta sarebbe, di primo acchito, negativa; ovvero sono pochi i cenni che i colleghi, autorevoli studiosi di singoli ambiti disciplinari e dei relativi filoni giurisprudenziali, hanno ritenuto di operare a questo specifico tema, e pertanto difficoltoso un ragionamento “applicato” ai diversi settori. Dunque, in controtuce, dovremmo ammettere che se non è semplice (e tuttavia forse possibile, come ho cercato di dimostrare) rinverdire il nodo dei poteri istruttori della Corte in generale, addirittura arduo sembrerebbe farlo al cospetto delle “questioni tecniche”. Eppure, dalla giurisprudenza costituzionale recente e recentissima, opportunamente non tralasciata in alcuno di quei seminari dagli esperti in materia, emerge qualche dato estremamente interessante, a partire da una certa difficoltà – segnalata a più riprese – nel controllo della Corte in ambiti fortemente specialistici⁵⁸; rilievo di carattere generale, certamente, ma che induce a non tralasciare (a rovescio) le potenzialità dell’attività di approfondimento istruttorio.

Tornano inoltre attuali, sempre in generale, le considerazioni di quella lucida dottrina la quale ha ricordato come il sindacato rimesso al giudice costituzionale deve concentrarsi sul prodotto di un procedimento complesso, il quale a sua volta mira ad assecondare orientamenti e indirizzi che, pur essendo prescelti dalle forze politiche di maggioranza, sono sovente condizionati non solo da fattori culturali ma anche da elementi di conoscenza ed operativi espressi in ambito scientifico e tecnologico⁵⁹, e che a loro volta – in qualche modo – andranno pur vagliati anche a

58. Pur con alcuni segnali in controtendenza, o addirittura nel senso di un vero e proprio cambiamento di paradigma, come ad esempio in materia penale, laddove si è assistito a un clamoroso superamento di quelle che tradizionalmente apparivano le “strette” del giudizio costituzionale (additive in *malam partem*, assenza di rime costituzionalmente obbligate) e che vedevano culminare il medesimo nel senso della dichiarazione di inammissibilità di molte questioni, in ossequio anche al principio di stretta legalità; evidenzia il punto lo stesso Presidente della Corte G. LATTANZI nella relazione annuale sulla giurisprudenza dell’anno 2018, pubblicata sul sito della medesima Corte. Questo è un primo, pur labile, indizio che potrebbe rinsaldare l’idea di un’ utilità di fruire dei poteri istruttori, a vantaggio di un sindacato penetrante (o più penetrante) della Corte, che comunque non costituirebbero certo la panacea di ogni male, anche in virtù delle considerazioni già svolte nel testo.

59. L’espressione è debitrice delle suggestioni 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, 2005, 171.

Palazzo della Consulta. C'è tra l'altro da considerare che è necessario distinguere tecnicità da tecnica, nel senso che l'espressione in sé è certamente utile per alludere, senza appesantire troppo il discorso, a settori dell'ordinamento "difficili", complessi, con i quali la Corte deve sovente confrontarsi; ma poi, all'interno di quei settori, indubbiamente corrono profonde differenze che non possono essere ignorate ai fini del presente discorso: è quasi ovvio, cioè, rilevare che le strategie complessive di giudizio, in ambiti come ad esempio quello ambientale (nel quale – mi giovo qui dello sforzo definitorio messo in campo da M. Cecchetti, nella sua relazione del 10 aprile scorso – la normativa è propriamente tecnica giacché include regole giuridiche precettive che sono caratterizzate da un contenuto elaborato da scienze esatte) oppure tributario o ancora finanziario (ambiti a loro volta tecnici, in quanto la normativa trova, almeno in parte, fondamento in quei dati o conoscenze che le stesse scienze dure offrono) saranno presumibilmente diverse da quelle adottate in materia elettorale o penale: queste ultime infatti, certamente in ambo i casi molto specialistiche, si giovano pur sempre delle competenze giuridiche o ad esse "prossime", come possono qualificarsi quelle elaborate dalle scienze sociali (per cui, ad esempio, lo stato dell'arte della scienza politica può certo influire su norme elettorali, come pure gli studi sociologici, o criminologici, condizioneranno in qualche misura quelle penali); sotto tale angolatura, dunque, non è affatto da escludere che la Corte compia i propri approfondimenti su profili che possiamo qualificare *lato sensu* culturali con le sole forze interne, astenendosi dall'utilizzo di poteri istruttori in senso proprio.

Più nello specifico, anticipavo che, sempre dalle relazioni di chi mi ha preceduto (e tentandone un distillato che spero non appaia arbitrario), si ricavano alcuni utilissimi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, a partire proprio dalle "materie" tecniche. Intanto, la preoccupazione della Corte (evidente ad esempio nel fraseggio della sent. n. 247/2017⁶⁰, in ambito finanziario e più esattamente in materia di equilibrio dei bilanci delle Regioni e degli enti locali) per l'accentuarsi della complessità (per l'appunto, tecnica) della legislazione, che può determinare effetti non in

60. Cfr. la sent. n. 247/2017, punto 10 del *Considerato in diritto*, che può classificarsi come un'interpretativa di rigetto classica, commentata da L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *www.rivistaAIC.it*, fasc. n. 1/2018. La stessa prospettiva si ricava anche successivamente dalla sent. n. 101/2018, di accoglimento in senso proprio.

linea con il dettato costituzionale e creare zone d'ombra in grado di rendere ardua la giustiziabilità di disposizioni non conformi a Costituzione; da cui l'idea che il legislatore adotti una trasparenza divulgativa a corredo degli enunciati di più complessa interpretazione e attuazione: la Corte – dunque – dice «no» all'abuso di tecnicità contabile, come messo lucidamente in evidenza da M. Barbero, a margine della relazione di G. Rivosecchi del 27 marzo scorso. Ancora, in materia tributaria, si nota anzitutto come la Corte intervenga sul riparto di competenze⁶¹ (e da questo punto di vista ricalcando uno spartito adottato, lo ricorderò fra breve, in materia ambientale), ma molto meno incisivamente, invece, sulle norme impositive in sé e per sé considerate, e per il tramite del giudizio di ragionevolezza (proporzionalità), essendo difficile “districare” il rapporto mezzi-fini (in quanto, per un verso, l'imposta non è un prezzo, e per l'altro, il bilancio si compone a prescindere dall'allocazione delle risorse); eppure anche qui, lo segnalava S. Sileoni il 17 aprile scorso, deve apprezzarsi la recente attenzione della Corte sul tema della spesa pubblica e dell'utilizzo delle risorse collegato a quello dell'equità intergenerazionale (esemplare la motivazione della sent. n. 18/2019⁶²), con uno sforzo dunque, di trovare cittadinanza su un terreno altrimenti abbandonato ai cultori di settore. Interessante, in ambito tributario, anche il richiamo a orientamenti di

61. Un esempio recente è offerto dalla sent. n. 128/2019, che dichiara parzialmente illegittime alcune leggi delle Regioni Marche, Lazio e Sicilia perché disciplinanti un tributo di potestà esclusiva dello Stato.

62. Recita infatti la motivazione della sent. n. 18/2019, in chiusura del punto 5.1 del *Considerato in diritto*, che secondo il costante orientamento di questa Corte, nel sindacato di costituzionalità, copertura finanziaria ed equilibrio di bilancio integrano una clausola generale in grado di operare ogniqualvolta l'antinomia di norme asistematiche (come quella censurata) rispetto a tali principi risulti palese e incontrovertibile. Infatti, «la forza espansiva dell'art. 81, quarto [oggi terzo] comma, Cost., presidio degli equilibri di finanza pubblica, si sostanzia in una vera e propria clausola generale in grado di colpire tutti gli enunciati normativi causa di effetti perturbanti la sana gestione finanziaria e contabile» (sent. n. 192/2012)» [...], aggiungendo poi al punto 5.2 che «per quel che concerne la lesione al principio della copertura pluriennale è da sottolineare che la lunghissima dilazione temporale finisce per confliggere anche con elementari principi di equità intergenerazionale, atteso che sugli amministrati futuri verranno a gravare sia risalenti e importanti quote di deficit, sia la restituzione dei prestiti autorizzati nel corso della procedura di rientro dalla norma impugnata. Ciò senza contare gli ulteriori disavanzi che potrebbero maturare negli esercizi intermedi, i quali sarebbero difficilmente separabili e imputabili ai sopravvenuti responsabili. Deve essere in proposito condivisa l'opinione del giudice rimettente secondo cui tale scenario mina alla radice la certezza del diritto e la veridicità dei conti, nonché il principio di chiarezza e univocità delle risultanze di amministrazione più volte enunciato da questa Corte (*ex plurimis*, sent. n. 274 del 2017)».

soggetti non necessariamente di matrice parlamentare (quali, piuttosto, la Corte dei conti o la Commissione centrale per la finanza e gli organici degli enti locali in relazione ai piani di rientro, prevista dal T.U.E.L. e che opera presso il ministero dell'Interno); e comunque, più ampiamente, torna la domanda di *come* acquisire, da parte della Corte costituzionale tanti elementi tecnici e informazioni specialistiche.

Venendo alla materia ambientale, pur non affrontando mai nel merito problematiche tecniche in senso proprio, e segnando piuttosto i confini dei legittimi interventi di Stato e Regioni, la Corte in pronunce importanti come la sent. n. 58/2018 (nella vicenda dei decreti-legge c.d. Salva Ilva, e che pure taluni hanno salutato, in un'ottica più generale, con favore⁶³, come un cambio di passo dei giudici costituzionali rispetto alla celebre sent. n. 85/2013), marca un punto invero problematico, ovvero sottolinea il peso delle procedure integrate, come l'A.I.A., nelle quali, e soltanto nelle quali, tutti i dati tecnici possono essere fatti presenti. Qui, in altri termini, il dubbio è il seguente: siamo di fronte a uno strapotere del *sub-diritto*, e dell'amministrazione che lo pone in essere? M. Cecchetti, nella sua relazione del 10 aprile scorso, che ho già menzionato, accennava al tema mai sopito della riserva di amministrazione, che personalmente - continuo a pensare da molti anni - non credo possa essere teorizzata nel nostro ordinamento, e che tuttavia costituisce un nodo molto serio che chiederebbe, forse, un'indagine aggiornata alle sfide del presente; anche per via dello spostamento della sede di controllo (reale o presunto tale che sia) dell'*iter* seguito e dei contenuti emergenti in tali procedure - il giudizio su attività di tale natura potendo essere unicamente quello del giudice amministrativo - la Corte rischia non solo di non offrire un sindacato pregnante rinunciando ai propri poteri istruttori, ma di rimanere, più radicalmente, "fuori gioco".

6.2 (segue) *Una zona "grigia": le questioni "tecniche" in ambito medico e sanitario*

Volendomi soffermare adesso brevemente su altri ambiti scandagliati durante questo ciclo seminariale, sappiamo tutti bene come quella medica non costituisca una scienza esatta; eppure l'approccio che ad essa frequentemente si coglie non pare analogo a quello che si registra nei confronti delle scienze sociali, ricordando piuttosto, assai da vicino, l'approccio alla

63. Tra i diversi commenti, cfr. ad esempio G. AMENDOLA, *Ilva e diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in www.questionegiustizia.it, 10 aprile 2018.

tecnica vera e propria; non causalmente – credo – uno dei incontri di questo ciclo è stato dedicato alle materie con rilevanza “tecnico-scientifica”, ricorrendosi a un’espressione che possa compendiarne le diverse valenze. La Corte costituzionale mostra sovente, dal canto suo, peculiare attenzione alle risultanze della scienza medica, ed in particolare è tornata a riemergere nella giurisprudenza recente la sottolineatura in base alla quale il legislatore è chiamato ad esercitare la propria discrezionalità alla luce delle acquisizioni della ricerca medica, che lo devono (costantemente, direi) guidare nell’esercizio delle sue competenze, con elementi di flessibilità e in una prospettiva di valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che devono sorreggere le scelte normative in campo sanitario. Esempio, in tal senso, la sent. n. 5/2018, in materia di vaccinazioni obbligatorie, da cui emerge un apprezzamento per gli oneri di monitoraggio periodico del quadro epidemiologico e delle eventuali reazioni avverse in capo al ministero della Salute, disposti dalla legge n. 119/2017: come giustamente sottolineato da A. Iannuzzi nella sua relazione meno di un mese addietro, la motivazione svela, tra le righe, che un’istruttoria “informale” è stata operata dalla Corte, e sarebbe stata fatta bene, appalesando una particolare valorizzazione dell’apporto dei organismi pubblici dotati di specifiche attitudini come l’Organizzazione Mondiale della Sanità, l’Istituto Superiore di Sanità e il Comitato Nazionale di Bioetica, andando pure la Corte autonomamente a reperire informazioni sui siti istituzionali degli istituti di ricerca scientifica, oltre ad emergere in questa decisione riferimenti alla documentazione tecnico-finanziaria e all’istruttoria legislativa, sottolineandosi anche il peso della statistica⁶⁴.

Avendo tra l’altro partecipato direttamente al seminario del 9 maggio scorso, ricordo inoltre come convenivamo con A. Iannuzzi – oltre che con i colleghi Fe. Pizzetti e C. Tripodina che hanno animato quel denso pomeriggio – sul fatto che il rapporto tra la discrezionalità del legislatore e la scienza medica si è mostrato talvolta anche problematico, nella giurisprudenza costituzionale; ma forse, complessivamente, a parte qualche scivolone (secondo me, clamoroso, ad esempio, quello della sent. n. 84/2016 sulla destinazione degli embrioni alla ricerca⁶⁵), si può affermare che la

64. Cfr. A. IANNUZZI, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta on line*, fasc. n. 1/2018.

65. La decisione, contenente tra gli altri questo impegnativo passaggio motivazionale (punto 11 del *Considerato in diritto*, 1° cpv: «a fronte, dunque, di quella che qualcuno ha definito “una scelta tragica”, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell’em-

Corte sta andando, ormai da diversi anni, nella giusta direzione. La strada era stata magistralmente tracciata dalla sent. n. 282/2002⁶⁶ che ha scolpito, con le parole del redattore V. Onida, l'immagine di quello che a me pare un giusto equilibrio: «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni; poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. [...] tutto ciò non significa che al legislatore sia senz'altro preclusa ogni possibilità di intervenire – ma⁶⁷ *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” [...]; o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica».*

brione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica – una scelta, come si è detto, così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea – 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 apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»), è stata oggetto di moltissime annotazioni critiche; tra le altre, cfr. C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in www.biodiritto.org, fasc. n. 2/2016; E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 4 giugno 2016; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in www.biodiritto.org, fasc. n. 2/2016.

66. Senza dimenticare, come segnalava S. TROILO nel seminario del 29 maggio scorso, la sent. n. 185/1998 sul cd. multitrattamento Di Bella, che inaugura il filone giurisprudenziale secondo cui la Corte non è chiamata a pronunciarsi in alcun modo circa gli effetti e l'efficacia terapeutica del trattamento medico, né potrebbe esserlo, competendo queste valutazioni, secondo la legge, alle competenti sedi, nella consapevolezza dell'importanza del ruolo degli organi tecnico-scientifici in materia.

67. L'enfasi è, ovviamente, aggiunta.

Tradotto in estrema sintesi, la Corte afferma che *il legislatore che interviene deve esso stesso, e in modo convincente, appalesare l'adeguatezza del proprio operato*. Con un esercizio che mi rendo conto essere un po' 'creativo', potremmo provare a mettere insieme le precedenti indicazioni, scaturenti dai par. 6.1 e 6.2, per enucleare il peso del dato tecnico a carico (non tanto della Corte, quanto) del legislatore, e i conseguenti oneri di "motivazione" della legge; so che quest'ultimo tema non è semplice da arare, e peraltro gode di una certa ritrovata fortuna in dottrina, che lo specifico profilo dell'istruttoria legislativa su questioni tecniche potrebbe pure ulteriormente alimentare. Peraltro, lo ha fatto notare S. Troilo nella sua ampia ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia sanitaria, i Giudici della Consulta non si sottraggono del tutto alla possibilità di sindacare l'uso che il legislatore mostra di aver fatto di tali dati tecnico-scientifici; tale facoltà viene tuttavia esercitata solo in presenza di una manifesta irrazionalità, di un'evidente irragionevolezza o quando dalla disciplina del legislatore emerge in modo inequivocabile che i dati scientifici sono assunti in modo assolutamente improprio e fuorviante (da cui l'espressione suggestiva di un "vincolo modale" che graverebbe sul legislatore)⁶⁸. Senza dimenticare l'assai recente caso Stamina (sent. n. 274/2014, forse più studiata nel merito, che non per le affermazioni di ordine generale della Corte), da cui si evince che, se è vero che decisioni sul merito delle scelte terapeutiche non possono nascere sulla base di valutazioni di mera natura politica del legislatore, è anche vero che in presenza di «circostanze peculiari ed eccezionali e di un anomalo contesto» il legislatore, al fine di proteggere interessi costituzionalmente rilevanti, può per un tempo circoscritto derogare alla regola della necessità di tener conto delle valutazioni scientifiche sicure, imponendo la propria discrezionalità per la prosecuzione della terapia, anche se in fase sperimentale⁶⁹.

68. Concludeva efficacemente il collega, richiamando anche alcuni scritti di M. CARTABIA, che la Corte, evitando l'utilizzo di formali poteri istruttori, si lascia le mani libere non per sostituire la propria discrezionalità al dato scientifico, né all'opposto per appiattirsi sulla valutazione del legislatore, bensì per cercare di trovare il modo migliore per conciliare il dato scientifico con il dato valoriale costituzionale.

69. Rileva G. D'AMICO, *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in www.forumcostituzionale.it, 1° febbraio 2015, come nella struttura argomentativa della decisione la sottolineatura della particolare situazione fattuale appaia finalizzata a giustificare la natura derogatoria dell'intervento legislativo statale. Quest'ultimo, privilegiando «principi di continuità terapeutica ed esigenze di non interferenza con provvedimenti dell'autorità giudiziaria», non può spingersi sino al punto (auspicato dal rimettente) di un accesso indiscriminato al trattamento, che costituirebbe una deroga (questa sì irragionevole) «al

6.3 (segue) *Le questioni su materie specialistiche, ma che si giovano (possono giovare) dell'apporto delle scienze sociali*

Veniamo all'ultima accezione di *téchne*, evocabile alla luce del ciclo seminariale che qui si chiude, e che possiamo con tutte le cautele del caso ricollegare alla materia elettorale e a quella penale, per lo meno tra quelle che sono state poste all'attenzione. La materia elettorale, la quale ha visto a sua volta qualche elemento di novità nella giurisprudenza costituzionale, è da ricondurre in realtà, per un verso, alla problematica più ampia di quelle normative molto specialistiche che almeno apparentemente poco hanno a che vedere, almeno per certi aspetti di loro dettaglio (pensiamo ad esempio alla costruzione quasi ingegneristica, sia pure non certo casuale, delle formule elettorali) con i ragionamenti di grande respiro che la Corte fa o dovrebbe fare; ma, per l'altro verso, è una materia che fa ben emergere la necessità di valutare appieno il sistema elettorale all'interno di un determinato *humus* storico-politico, e politico-partitico, sul quale proprio la Corte ha avuto recentemente il coraggio di entrare: giustamente F. Biondi ha segnalato, nell'occasione del 14 marzo scorso, la novità introdotta da questo punto di vista, e in linea con orientamenti già mostrati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dalla recente sent. n. 239/2018 con la quale i Giudici della Consulta si sono pronunciati, nel senso dell'infondatezza, sulle norme per l'elezione del Parlamento europeo. Nei primi commenti, in dottrina⁷⁰ si è sottolineato come la Corte si sia soffermata sulle soglie di sbarramento, giustificando la scelta del legislatore nazionale sulla base di ragioni connesse sia all'evoluzione della forma di governo dell'Unione europea (valorizzando le novità introdotte dal Trattato di Lisbona che avrebbero favorito una trasformazione in senso parlamentare nei rapporti

principio di doverosa cautela nella validazione e somministrazione di nuovi farmaci». La Corte finisce, per questo verso, per 'assolvere' l'intervento legislativo operato con la decretazione d'urgenza, ma senza trarre da ciò ulteriori indicazioni al fine del sindacato di costituzionalità che è chiamata ad operare. Cfr. anche, tra gli altri, C. NARDOCCI, *Caso «Stamina»: la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, in *Quad. cost.*, 2015, 160; M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, fasc. n. 1/2013, 63.

70. G. TARLI BARBIERI, *Il sistema elettorale per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia: problemi e prospettive dopo la sent. 239/2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta on line*, fasc. n. 1/2019, ha affermato che trattarsi di una pronuncia che costituisce probabilmente un punto di arrivo di un *trend* giurisprudenziale il quale, nel corso dell'ultimo decennio, ha visto un crescente attivismo tanto del giudice delle leggi quanto dei giudici amministrativi, intervenuti a più riprese su alcuni dei punti più qualificanti del sistema di elezione dei parlamentari europei.

tra Parlamento e Commissione) sia al funzionamento del Parlamento europeo (e quindi all'obiettivo di razionalizzazione dell'organizzazione «che si pone per il Parlamento europeo in maniera non diversa da come si pone per i Parlamenti nazionali»)71.

Come evidenziato ad altri fini72, qui come in ulteriori casi il crinale tra interpretazione della legge in senso stretto ed esame della concreta applicazione di essa, del suo effettivo operare nell'ordinamento, delle prassi applicative, delle sue conseguenze (ove rilevanti nel giudizio di legittimità), risulta in effetti abbastanza evanescente. Di tale porosità di confini può dunque avvantaggiarsi (e forse si è avvantaggiata) la Corte, esprimendo una visione di lungo termine e pronunciandosi su situazioni sistemiche in divenire e di incerta configurazione; sia pure con argomentazioni anche scarse, con conclusioni per certi aspetti controverse73, con un utilizzo impreciso del linguaggio giuridico (che per taluno può giustificarsi proprio allorché soddisfatti la capacità esplicativo-comunicativa di un determinato concetto e contesto istituzionale e politico74) e magari non facendo ricorso a poteri istruttori in senso formale, ma sviluppando le proprie conoscenze su elementi "di contesto" che la portino (l'abbiano portata) a dialogare con i cultori di altre discipline; permarrebbe comunque il problema di intestare l'iniziativa alla Corte nella sua collegialità, oppure ad una particolare sensibilità del giudice relatore in riferimento all'oggetto del giudizio, e dunque, a mio avviso, anche l'esigenza di migliorare l'elemento della trasparenza dell'*iter* decisionale. Si torna, ad ogni modo, a quelle riflessioni più generali sulle finalità che potrebbero giustificare approfondimenti istruttori, che accennavo nello scorcio conclusivo della prima parte della relazione.

71. Secondo L. DI STEFANO, *La soglia di sbarramento della legge elettorale italiana per il Parlamento europeo all'esame della corte costituzionale (nota a corte cost., sent. n. 239/2018)*, in *www.rivistaAIC.it*, fasc. n. 3/2019, 529, in tal modo è stata affrontata, sia pur sommessamente, una questione quanto mai oggetto di dibattito nella dottrina costituzionale europea e della giurisprudenza di alcune Corti costituzionali europee: la configurazione dei rapporti e la natura delle relazioni tra le istituzioni governative dell'Unione europea; alcune delle argomentazioni addotte dalla Corte costituzionale sembrerebbero poi nel merito parzialmente avvicinarsi a quelle proprie della giurisprudenza costituzionale tedesca in tema di soglie di sbarramento.

72. Cfr. G.P. DOLSO, *Prospettive inedite dei poteri istruttori*, cit., 10.

73. V. ancora L. DI STEFANO, *op. cit.*, 539.

74. R. IBRIDO - N. LUPO, «*Forma di governo*» e «*indirizzo politico*»: la loro discussa applicabilità all'Unione europea, in *Id.*, *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2019, 19.

Infine la materia penale, come già accennato in apertura di par. 6, si segnala non per una singola pronuncia ma un po' nel suo insieme per una rinnovata sensibilità della Corte; sono diverse infatti, nell'ultimo periodo, le decisioni tramite le quali, per un verso, la Corte si misura direttamente con la sua precedente giurisprudenza, affrontando *apertis verbis* la questione assai spinosa dei limiti al suo intervento, e per un altro viene a stemperare tradizionali paradigmi, con un cambio di passo⁷⁵ per certi versi sorprendente. Sicché, se *mutatis mutandis* potrebbero richiamarsi le considerazioni svolte al periodo precedente, quanto all'utilità di conoscenze "amplificate" per la Corte, tanto più i canoni di giudizio messi in campo dalla Corte costituzionale in questo delicato settore, per giustificare le additive in *malam partem* o le c.d. rime "costituzionalmente adeguate" (esiti di cui molto ha discusso la dottrina di recente, e che sono stati ben evidenziati nella relazione di G. Sorrenti del 22 maggio scorso), potrebbero essere suffragati dall'eventuale fruizione di strumenti istruttori. Detto in altri termini, se il sindacato di ragionevolezza è sempre più centrale in tale materia, e da ultimo è approdato pure a colpire automatismi sanzionatori e cornici edittali, dunque le scelte politiche per antonomasia del legislatore, bisognerà che la Corte sia capace di convincere – non soltanto che il rispetto della discrezionalità legislativa penale non può inibire la tutela indefettibile di altri principi costituzionali (il divieto di pene contrarie al senso di umanità, il finalismo rieducativo penale, etc.), ma anche – che le proprie decisioni innescano ad esempio una razionale e uniforme espansione degli effetti delle norme, o comunque provocano un moto di ricomponimento dell'ordinamento (non insidiando dunque, a ben vedere, il primato delle Camere). E ad una Corte tanto forte nell'*iter* argomentativo⁷⁶ non guasterebbero conoscenze acquisite tramite un percorso (più) chiaro.

75. L'espressione è di A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 dicembre 2018, nel commento alla sent. n. 222/2018.

76. Tra le pronunce più dibattute dell'ultimo periodo, oltre alla già richiamata sent. n. 222/2018, non si possono non menzionare la citatissima sent. n. 149/2018 [su cui tra gli altri A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in www.osservatorioAIC.it, fasc. n. 3/2018], come pure le sentt. nn. 40/2019 (su cui C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 marzo 2019) e 88/2019 (su cui G. LEO, *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 aprile 2019).

Jörg Luther

Per una “cultura dell'istruttoria”*

Dalla relazione e dalla giurisprudenza esaminata nel merito, emerge un dato macroscopico: sembra che oramai convenga esercitare il meno possibile i poteri istruttori del giudice costituzionale, cioè che normalmente non procede praticamente mai all'audizione di testimoni e solo eccezionalmente all'acquisizione di atti o documenti *ex art. 13 l. n. 87/1953*). “Non conviene”? Ma perché non converrebbe? Non sembra questione né di tempi, né di costi del giudizio. Piuttosto potrebbe essere una questione di autorità e indipendenza. Al giudice costituzionale conviene presentare le questioni costituzionali più come conflitti di norme parametro, oggetto o competenza che non come conflitti di interessi legati a fatti, non entrare nelle controversie sui fatti presupposti della decisione politica controversa.

Eppure l'inconvenienza non è assoluta, ma ha avuto una sua storia, solo in parte rinvenibile con una ricerca del lemma “ordinanza istruttoria” che produce risultati solo a partire dal 1982. Se si guarda alle statistiche, in seguito alla ricerca di Tania Groppi del 1997, la Corte aveva prodotto dal 1998 al 2007 ben 28 ordinanze istruttorie, quindi quasi una media di tre ordinanze per anno. Dopo l'ordinanza n. 53/2009 con la quale la Corte pretese di acquisire la relazione del Ministro degli affari regionali allegata alla delibera del Consiglio dei ministri di promovimento di un ricorso in via principale, lo strumento è stato utilizzato solo più per conflitti (259/2010, 1/2013, 168/2013) e per l'istruttoria di giudizi di costituzionalità su leggi di bilancio regionali del relatore Carosi (188/2016 e, da ultimo, 297/2019). Per lo più si acquisiscono atti che possono fungere da “contesti” di conflitti e controversie sulla legittimità costituzionale delle leggi.

* Il testo, curato dal dott. Giovanni Boggero, riproduce fedelmente l'intervento orale svolto dal Prof. Luther nel corso dell'ultima giornata del ciclo seminariale, dedicata ai poteri istruttori della Corte costituzionale. Si è volutamente scelto di non intervenire sul testo scritto per lasciare immutato non solo il senso delle considerazioni, ma anche l'inconfondibile stile che caratterizzava ogni intervento del Professore.

La tesi dell'istruttoria "clandestina" sostiene che vi sia una fuga nell'informalità dell'istruttoria, cioè l'acquisizione di informazioni da parte degli assistenti di studio, delle quali non si lascia traccia né nella motivazione della decisione, né nel dossier preparativo. Quale estensione ha e perché si sceglie questa fuga nell'informalità? Se si temono carenze di neutralità dei destinatari delle richieste istruttorie, non è detto che l'informalità dia delle garanzie maggiori di oggettività rispetto a una richiesta formale la cui risposta, se governativa, è coperta anche dal controllo e da una responsabilità pubblica e parlamentare. Ogni testimonianza e informazione deve essere valutata dal giudice, ma lo stesso giudice deve essere soggetto a una legge che garantisca i diritti processuali delle parti (eventuali). La trasparenza ha più d'un valore, perché in caso di istruttoria "clandestina" o segreta può venire meno anche l'indipendenza del giudice. Se non si sa da quali fonti trae il suo sapere, potrebbe derivare anche da fonti che cercano di condizionare e fornire delle informazioni false. Ciò nonostante si spera in una maggiore efficacia dell'istruttoria informale, di saperne magari di più da una telefonata che non da una sequenza di atti. Infine, forse questa prassi è legata anche a una questione di *arcana imperii*, di autorità: se i segreti sono costitutivi di autorità, non si rischia anche di cedere alla tentazione di un ragionamento autoritario per giustificare la fuga nell'istruttoria informale?

Alcuni aspetti e contesti più generali andrebbero indagati per spiegare meglio il fenomeno secondo il quale "l'istruttoria formale non conviene". Innanzitutto, l'accento sul contraddittorio al quale si sottrae l'istruttoria informale se il relatore non la riferisce in udienza. Istruttoria e contraddittorio si condizionano reciprocamente nel senso che un più o un meno di istruttoria implica anche un più o un meno di contraddittorio e viceversa. Meno contraddittorio si ha nei giudizi davanti alla Corte costituzionale, meno richieste di istruttoria si faranno. Forse anche su questo versante varrebbe la pena di fare una ricerca empirica, verificando quante volte le parti del giudizio *a quo* o del conflitto hanno chiesto l'istruttoria e quale linea segue l'Avvocatura dello Stato al riguardo. Alle parti e all'Avvocatura potrebbe non convenire la richiesta di assunzione di prove. Qualunque fatto si asserisce senza averne la prova rischia di implicare o sottendere un'auto-attribuzione di un onere di prova. Ma manca una ricognizione empirica sul punto, il che non è solo un problema di disinteresse dei giudici o della dottrina, ma degli operatori e avvocati della giustizia costituzionale. Si potrebbe iniziare a rileggere anche solo gli atti dei seminari *amicus curiae* di Ferrara: quante volte i partecipanti hanno chiesto l'attivazione di un'istruttoria?

Un secondo aspetto è offerto dalle istruttorie “degli altri” sugli atti oggetto di giudizio della Corte costituzionale. Nei conflitti di attribuzione, come visto più frequentemente oggetto di istruttoria, l’atto (o l’omissione) che dà luogo al conflitto è in genere preceduto da atti endo-procedimentali che includono un’istruttoria dell’organo decidente e talora sono proprio atti di istruttoria a dare luogo a conflitti. Nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale, invece, l’istruttoria del “caso” è affidata innanzitutto al giudice comune “a quo”. Il numero di decisioni processuali che negano la rilevanza della questione di costituzionalità a causa dell’assenza o della incompletezza dell’istruttoria è notoriamente molto basso.

In tutti i giudizi sulle leggi, l’oggetto della questione è frutto di un procedimento legislativo, statale o regionale/provinciale, in larga misura verbalizzato, tranne che negli atti preparatori delle iniziative e degli emendamenti governativi. A che punto è tuttavia, nel nostro Paese, la cultura dell’istruttoria della legge? Se si guarda alla prassi delle audizioni, spesso informali senza resoconti, alle quali si invitano sedicenti esperti “amici” dei partiti o anche solo dei relatori e se si guarda ai dossier dei servizi parlamentari, si tenderebbe a concludere che i *legislative facts* sembrano istruiti dai legislatori italiani forse meno che in altri ordinamenti. Se si confronta al riguardo lo stile parlamentare italiano con quello inglese, statunitense e di altri Paesi nordici, ad esempio, si nota che gli “esperti” sono accreditati secondo regole più di mercato che non di selezione culturale: la scienza non viene molto ascoltata dal Parlamento e neanche i direttivi delle associazioni scientifiche appalesano le procedure e i criteri secondo le quali effettuano eventuali raccomandazioni. Nicola Lupo ha recentemente segnalato le criticità del sistema (*Le audizioni sulla riforma elettorale: rito inutile o contributo della scienza (costituzionalistica) alla formazione della legge?* in *Quaderni costituzionali* n. 3/2017, 603 ss.). Se la sensazione è che pur di evitare il governo dei professori, l’epistocrazia e la tecnocrazia, l’istruttoria “politica” della legge possa anche non ascoltare la scienza e i consigli dei tecnici, allora difficilmente una simile cultura politica “lassista” può essere del tutto contraddetta da un’eventuale istruttoria della Corte costituzionale. La sua indipendenza politica è solo relativa, dirà l’apologeta realista.

La cultura dell’istruttoria è ancora meno trasparente se si studiano gli atti aventi forza di legge. In passato, la Corte chiedeva talora l’acquisizione dei verbali del Consiglio dei ministri. La situazione odierna al riguardo dà luogo a più d’una preoccupazione. Sembrano dilagare gli *arcana imperii* del Governo e sembra crescere l’accondiscendenza non solo delle

opinioni pubblicate alle nuove carenze di trasparenza dei poteri pubblici, vulnerabilità della stessa forma repubblicana. Se dal punto di vista della forma repubblicana, conviene normativamente un'istruttoria pubblica di alto livello, da un punto di vista delle esigenze di autolegittimazione dei poteri converrebbe, invece, silenziare e rendere meno visibili gli interessi di fatto che alimentano i conflitti costituzionali.

Non sempre la legge viene censurata per quel che il legislatore ha effettivamente disposto. Infatti, nel corso degli anni, la Corte costituzionale ha sempre di più cercato di venire a capo anche delle omissioni, assolute o relative, del legislatore. Ora, una cosa è l'istruttoria di una scelta del legislatore, un'altra è l'istruttoria di una sua omissione incostituzionale: per dimostrare che vi sia un'omissione incostituzionale non basta negare che abbia avuto margini di scelta, ma bisogna provare la necessità, giuridica e di fatto, della scelta omessa. La Corte costituzionale sembra fondare i propri giudizi in questi casi su una sorta di presunzione secondo la quale, nel dubbio, il legislatore gode sempre di una discrezionalità legittima e di libertà politica. Ne consegue un onere di argomentazione e di proposta di istruttorie notevolmente maggiorato per le parti interessate a censurare omissioni legislative *contra constitutionem*.

Se si volge poi lo sguardo anche alla crescente tecnicità degli oggetti della legislazione e della decretazione degli atti aventi forza di legge, alla corrispondente crescente tecnicità dei giudizi, al modo in cui il progresso delle tecniche di informazione possono assumere rilevanza per le attese di bontà relativa di una legge, si potrebbe tendere a essere più disponibile a riconoscere che vi siano delle idoneità e necessità tecniche in grado di incidere sui giudizi di ragionevolezza della legge. Eppure quando si affermano delle necessità, si pone sempre anche il problema di chi debba e possa essere il "giudice della necessità" (non solo del decreto-legge). Su questo punto, la Corte costituzionale tende a rifugiarsi nelle competenze "degli altri", del giudice e dei legislatori, preferendo quelli nazionali forse a quelli regionali, sicuramente a quelli dell'Unione europea. Questo può essere in ultima analisi anche una sorta di autodifesa del giudice costituzionale che non vuole essere strangolato da necessità raramente rappresentate "oggettivamente" e preferisce magari dialogare più tramite decisioni che non tramite atti d'istruttoria. Non disporre un'istruttoria formale, da questo di vista può essere un'apparente autolimitazione saggia. Se però delle necessità sono asserite e riconosciute senza essere verificate, il giudice rischia di disconoscere l'ingiustizia costituzionale della legge. Infatti, il giudice che riconosce delle situazioni di necessità senza istruttoria rischia di ignorare e violare un eventuale "diritto alla prova" e di

rendere una giustizia costituzionale incompleta. Il giudice costituzionale deve certo riconoscere le prerogative di accertamento e apprezzamento dei fatti e degli interessi degli organi costituzionali, dell'amministrazione e delle altre giurisdizioni, ma una delega di ogni istruttoria agli altri poteri non sarebbe conforme alle attese di responsabilità e di controllo sancite dalle "garanzie costituzionali".

Oggetto dell'istruttoria legislativa è, in ultima analisi, la realtà sociale sulla quale interviene il legislatore, ad es. la necessità di un'incisione nella libertà e nell'eguaglianza, ma anche la possibilità di scelte legislative alternative. La discrezionalità del legislatore è lo spazio delle possibilità di scelta lasciato dalle necessità. Questo vale anche per il cd. caso Cappato e l'ordinanza con la quale la Corte costituzionale sembrava restituire la legge al Parlamento affinché provvedesse all'iniziativa, all'istruttoria e alla deliberazione di una riforma. Per sondare le alternative possibili, occorre tuttavia mobilitare un sapere e uno spirito essenzialmente pratico. Nella prassi del processo costituzionale occorre trovare i meccanismi migliori di una rappresentazione delle alternative legislative. Non essendo il processo costituzionale una procedura parlamentare, le percepite carenze di istruttoria sembrano dipendere anche dalle dimensioni del contraddittorio o essere legate ai lamenti di un mancato allargamento dello stesso.

Perché in Italia il contraddittorio non è stato allargato, non si è ancora aperto all'*amicus curiae* o, se si preferisce, all'*amicus constitutionis*? L'art. 2 Cost. esalta le formazioni sociali al plurale, ma il processo costituzionale non concede spazi alle loro opinioni. Questa chiusura del contraddittorio vale sia per le formazioni maggiori del cd. "pluralismo" democratico, sia per quelle formazioni minori che nelle forme odierne della *governance* sono regolarmente escluse dai processi di negoziazione delle scelte pubbliche. Normalmente, salvo rare eccezioni, non hanno *standing* né i partiti politici, né le Chiese e le comunità religiose, né i sindacati e le categorie economiche. Le tante categorie meno organizzate, come tali, in grado di beneficiare assai meno dei riti della democrazia pluralista, trovano poi ascolto solo se promuovono questioni di legittimità. Nei processi costituzionali non sono stati attivati strumenti idonei a promuovere una democrazia partecipativa ed inclusiva. Anche per questa ragione, il sistema della giustizia costituzionale italiana non ha ancora sviluppato una cultura dell'istruttoria e stenta ad interagire con un'opinione pubblica ben informata.

Forse al riguardo potrebbe essere utile ritoccare l'articolo 14 delle *Norme integrative* secondo cui «espletate le prove, i relativi atti sono depositati nella cancelleria.». Siccome raramente si espletano delle prove formali e più frequentemente si assumono delle informazioni in modo

informale, nulla vieterebbe un'applicazione analogica o una riscrittura estensiva dell'art. 14, prescrivendo, ad es., il deposito delle informazioni ottenute. Inoltre, nulla vieterebbe di depositare in cancelleria prima dell'udienza anche il dossier redatto dai collaboratori dei giudici relatori. La trasparenza può promuovere partecipazione e consentire un perfezionamento del contraddittorio. Ad es., se mancano precedenti e opinioni dottrinali nel dossier, le parti potrebbero intervenire e colmare le lacune. La pubblicità del processo costituzionale è un principio normativo posto a garanzia degli utenti della giustizia costituzionale, non già dell'autorità della Corte costituzionale.

STAMPATO IN ITALIA
nel mese di dicembre 2020
da Rubbettino print
88049 Soveria Mannelli (Catanzaro)

Il volume raccoglie gli atti relativi a un ciclo di incontri seminariali che si sono svolti, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino, nella primavera del 2019. Il tema che attraversa i diversi contributi è quello della motivazione nelle decisioni costituzionali.

Nel tempo la struttura delle decisioni della Corte è diventata sempre più articolata. La complessità delle questioni che la Corte è chiamata a decidere e l'elevato tasso di "tecnicismo" che ormai caratterizza la gran parte delle questioni di legittimità costituzionale spinge (o costringe) i giudici costituzionali ad adottare motivazioni analitiche, trasformando la natura delle sue stesse pronunce, che diventano anch'esse sempre più tecniche e tendenzialmente rivolte a un uditorio specializzato. Il risultato – soprattutto nelle materie maggiormente permeabili ai "vincoli tecnici" – è un tendenziale appannamento del "tono costituzionale" delle questioni e, per riflesso, delle stesse sentenze costituzionali. Tutto ciò con il rischio di assistere a una trasformazione del ruolo del giudice delle leggi.

Valeria Marcenò (Torino 1972) è professoressa associata di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Torino. Tra le sue pubblicazioni: con Gustavo Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale* (il Mulino, 2018); *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia* (Giappichelli, 2013); *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento* (Jovene, 2009).

Matteo Losana (Torino 1975) è professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Torino. Tra le sue pubblicazioni: *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale* (Giappichelli, 2015); *Il riconoscimento del principio di uguaglianza sostanziale nell'ordinamento dell'Unione europea* (Jovene, 2010).

ISBN 978-88-7590-154-7



9 788875 901547

€ 20,00