

REPLICA

GIADA RAGONE*

Sono molto grata al Comitato di Direzione di questa Rivista per aver offerto al mio lavoro monografico la possibilità di essere discusso pubblicamente, in forma di recensione, e per averlo sottoposto al sapiente giudizio della Professoressa Elena Malfatti. A quest’ultima sono particolarmente riconoscente per aver accettato il compito proposto e per i Suoi scritti, che molto hanno contribuito allo sviluppo di una riflessione su Corte costituzionale, istruttoria e peso delle valutazioni tecnico-scientifiche nelle motivazioni delle sentenze, che mi ha impegnata per diversi anni. Tra i vari lavori da cui ho tratto insegnamento, ne ricordo qui in particolare due: uno più recente, E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e “questioni tecniche”: i poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in CONSULTA ONLINE, 27 gennaio 2020¹; uno più risalente, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione. Atti del Seminario (Pisa, 26 ottobre 2001)*, Torino, 2002, di cui la Prof.ssa Malfatti è curatrice.

Confesso di trovare assai arduo il compito di replicare alla minuziosa e generosa recensione riservata dalla Professoressa Malfatti alla mia monografia. Non solo per l’autorevolezza del Recensore, le cui osservazioni critiche – più che una risposta – meritano di essere meditate e messe a frutto in lavori futuri; ma, altresì, perché non è semplice controbattere ai commenti di chi si è perfettamente immedesimato con le fatiche dell’autore, cogliendo le difficoltà che hanno accompagnato la scelta del taglio da dare alla narrazione, sia per le “caratteristiche interstiziali”² del tema, sia in ragione della modificazione delle Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, avvenuta quando il lavoro si trovava già ad uno stadio di avanzamento considerevole. Pertanto, mi limiterò ad offrire brevi chiarimenti che non si contrappongono ma si affiancano ad alcuni dei rilievi fatti in recensione.

Come sottolineato da Elena Malfatti, non erano mancati, ben prima del comunicato che ha annunciato la pubblicazione delle nuove N.I.³, segnali da parte della Corte che rendessero “preventivabili” imminenti innovazioni processuali: basti pensare all’organizzazione del seminario di studi tenutosi presso Palazzo della Consulta nel dicembre 2018 su «Interventi di terzi e *amici curiae* nel giudizio di legittimità

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

¹ Saggio poi confluito nella collettanea – pubblicata pochi mesi dopo l’uscita della mia monografia – a cura di M. LOSANA e V. MARCENÒ, *Come decide la Corte dinanzi a questioni “tecniche”. Incontri sulla giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2020.

² Da qui in avanti l’utilizzo del virgolettato alto è impiegato per riportare citazioni testuali della recensione della Prof.ssa Malfatti.

³ Il Comunicato dell’Ufficio stampa della Corte costituzionale intitolato “*La Corte si apre all’ascolto della società civile*” dell’11 gennaio 2020: <https://www.cortecostituzionale.it/comunicatiAttualita.do>

costituzionale delle leggi, anche alla luce dell’esperienza delle altre Corti nazionali e sovranazionali»⁴. Inoltre alcuni recenti scritti di giudici costituzionali su istruttoria e questioni tecnico-scientifiche⁵ avevano lasciato presagire che un eventuale intervento riformatore avrebbe potuto ambire, *inter alia*, a creare le condizioni perché sempre più informazioni raggiungano il collegio giudicante. Ciò non di meno, anche considerati i diversi suggerimenti di cui la dottrina si era fatta portatrice negli anni⁶, non era facile prevedere come la Corte si sarebbe concretamente orientata⁷ e che l’obiettivo sarebbe stato perseguito attraverso un triplo binario⁸. Il primo, l’apertura ai terzi interessati che, pur principalmente realizzato per rispondere all’esigenza di garantire un più ampio diritto di difesa, si presenta altresì idoneo ad arricchire il panorama delle vie d’accesso del fatto in Corte; il secondo, l’istituto dell’*amicus curiae*, la cui cifra caratteristica è quella di offrire un contributo che è al contempo «argomentativo-collaborativo-partecipativo»⁹; il terzo, la facoltà di convocare esperti di chiara fama, che affina gli strumenti istruttori utilizzabili *ex officio* dal Giudice delle leggi e che apre a inediti scenari rispetto alla possibilità per la Corte di realizzare istruttorie scientifiche formali.

La tesi sostenuta nel mio volume è che la riforma delle N.I. del gennaio 2020, a ragione della sua idoneità a rafforzare la capacità della Corte di conoscere circostanze fattuali ed elementi extra-giuridici utili al giudizio, scaturisca dalla consapevolezza che il sindacato di costituzionalità delle leggi, lontano da quell’ideale di astrattezza che, in passato, aveva spinto molti Autori a considerare irrilevanti i fatti per il giudice costituzionale¹⁰, sia sempre più caratterizzato da elementi di concretezza. Una concretezza “ampiamente intesa” che si manifesta in maniera più evidente in quegli orientamenti giurisprudenziali volti a misurare la razionalità materiale della legislazione e che richiedono che il giudizio di costituzionalità si realizzi attraverso una qualche

⁴ Alcuni degli interventi di quel seminario sono stati pubblicati sul n. 2/2019 della rivista Quaderni Costituzionali. Ci si riferisce ad A. PUGIOTTO, *Per un’autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, 361 ss.; 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*, 371 ss.; V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, 393 ss.

⁵ Cfr. N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti, istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 15 ss.; nonché M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell’intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Biolaw Journal*, 1/2017, 9 ss.

⁶ Che nella monografia sono ripercorsi al capitolo 2, par. 6, 6.1 e 6.2. e sono suddivise in due macro categorie: da un lato, quelle insistenti su una maggiore regolamentazione dei poteri istruttori esperibili d’ufficio dalla Corte e, dall’altro, quelle che ruotano attorno all’ampliamento del contraddittorio e al ruolo delle parti e dei terzi intervenienti.

⁷ Nemmeno del tutto scontato era, invero, che le innovazioni processuali sarebbero arrivate per il tramite del potere di autoregolamentazione della Corte. In questo senso è sufficiente ricordare il disegno di legge A.S. n. 1952, presentato dall’on. Lanzillotta e altri, in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale, il quale si proponeva di intervenire sull’art. 13 della l. n. 87/1953.

⁸ Soluzione alternativa a quella del doppio binario di cui si parla in 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*, cit., 384.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Sul punto cfr. T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997, 15.

«forma di scrutinio contestualizzata»¹¹ (*in primis* gli scrutini di ragionevolezza e proporzionalità). Il che non significa, però, che la «formidabile questione del rapporto tra fatto e norma nel giudizio di legittimità costituzionale»¹² sia connessa esclusivamente all’affermarsi di quei paradigmi che si esprimono in termini di proporzionalità, ragionevolezza o bilanciamento: essa infatti riguarda in maniera ben più ampia il giudizio sulla legge.

Dal tentativo di approfondire questa affermazione nasce quella digressione al capitolo 1 che la prof.ssa Malfatti ha rilevato interrompere, per qualche pagina, il filo narrativo. I paragrafi da 3 a 4.1.3, senza pretesa di esaustività, sono orientati a mostrare come l’inclinazione della Corte costituzionale a compiere «*eine empirische Wende*»¹³, ossia ad andare oltre il dato normativo, attingendo a dati di realtà, si materializzi anche al di fuori della “struttura logico-argomentativa” delle sentenze e porti a tenere in considerazione i diversi contesti cui le leggi si riferiscono. E questo vale tanto per i giudizi in via incidentale, quanto per i giudizi instaurati in via principale, potendosi riscontrare in entrambi i procedimenti il descritto modo di operare della Corte. Si pensi, ad esempio, all’utilizzo del fatto per l’interpretazione delle disposizioni parametro, in particolare di quelle disposizioni costituzionali la cui interpretazione può richiedere conoscenze tecniche specifiche. È questo il caso dell’art. 81 Cost. che, come è noto, in seguito alle modifiche apportate dalla l. cost. n. 1/2012, prevede che lo Stato assicuri «l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico». Nel momento in cui l’art. 81 funge da norma parametro per valutare la liceità di un ricorso all’indebitamento pubblico, i giudici costituzionali devono inevitabilmente attingere a nozioni proprie della scienza economica in base alle quali stabilire le caratteristiche negative o positive di un ciclo economico.

Proprio l’eterogenea casistica delle evenienze in cui fatti e conoscenze extra-giuridiche vengono in rilievo nel sindacato sulle leggi deve condurre a riconoscere la giusta dignità al modo in cui questi elementi, se non notori, sono acquisiti. Si è giustamente sottolineato che è cosa “ancora difficile prevedere” se le ipotesi paventate nel volume, ed in particolare l’utilizzo combinato¹⁴ dell’istituto disciplinato dall’art. 14-*bis* e di quello *ex art. 4-ter* N.I., siano destinate a realizzarsi. Ma passando dal piano delle previsioni a quello degli auspici, spero che le ragioni che hanno determinato la Corte ad intervenire sulle N.I., e a farlo innovando anche il capo dedicato ai troppo spesso trascurati poteri istruttori, possano aprire ad una nuova – direbbe il professor

¹¹ A. PIN, *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-Covid-19, il vaglio giudiziario e il diritto comparato*, in *DPCE Online*, 2/2020, 2584.

¹² M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, 1069.

¹³ Concisa ed efficace espressione presa a prestito da N. PETERSEN, *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, in *Der Staat*, 3/2010, 435 ss.

¹⁴ Una – seppur differente – ipotesi di congiunzione tra l’apertura agli *amici curiae* e agli esperti è stata rappresentata anche in A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, 22.

Luther¹⁵ – «cultura dell’istruttoria»¹⁶ costituzionale. La ricerca di informazioni per vie informali, soprattutto nel campo delle questioni scientificamente controverse¹⁷ e che presentano un alto tasso di tecnicismo, deve lasciar spazio ad una maggiore trasparenza: «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»¹⁸.

¹⁵ Che ricordo con estrema gratitudine per i Suoi tanti insegnamenti e per le preziose indicazioni ricevute, proprio in vista dello sviluppo di un lavoro monografico, quando ebbi il privilegio di averLo come *discussant* al Seminario annuale dei dottorandi del Gruppo di Pisa, svoltosi a Roma Tre il 18 settembre 2015.

¹⁶ Cfr. J. LUTHER, *Per una “cultura dell’istruttoria”*, in M. LOSANA, V. MARCENÒ (a cura di), *Come decide la Corte dinanzi a questioni tecniche*, cit., 257 ss.

¹⁷ Per una definizione delle quali si rimanda a L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Pavia, 1986.

¹⁸ J. LUTHER, *Per una “cultura dell’istruttoria”*, cit., 258.