



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



**2018 FASC. I**

**(ESTRATTO)**

**UGO ADAMO**

**MATERIA "NON DEMOCRATICA"  
E RAGIONEVOLEZZA DELLA LEGGE**

**4 APRILE 2018**

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

**Ugo Adamo\***  
**Materia “non democratica” e ragionevolezza della legge**

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Il criterio della ragionevolezza nell’ambito della giustizia costituzionale quando il legislatore assume valutazioni scientifiche.* – 3. *... la decisione del legislatore è sempre presuntivamente ragionevole.* – 4. *Verso il riconoscimento del ruolo esercitato dalla expertise tecnica.* – 5. *Il criterio della ragionevolezza scientifica in alcuni casi recenti.* – 6. *Conclusioni a valle di Corte cost., sent. n. 5/2018.*

### 1. *Premessa*

In sede di premessa metodologica alcune precisazioni sono senz’altro necessarie circa l’impiego nel titolo dell’espressione “non democratica” riferito ad una materia (quella scientifica) quando questa sia oggetto del sindacato costituzionale. È scontato affermare che il riferimento al concetto di democrazia non può esaurirsi nel meccanismo decisionale basato sulla maggioranza; esso, infatti, è inscindibile dal complesso di regole, procedure, limiti e vincoli che sono consustanziali al moderno concetto di democrazia<sup>1</sup>. Anche la scienza, d’altra parte, si muove in un ambito di regole teoriche e pratiche che ne definiscono il metodo e che consentono il riconoscimento e l’acquisizione delle risultanze scientifiche dalla *maggioranza* degli scienziati. Quindi il riferimento al concetto di democrazia è qui inteso in modo volutamente “riduttivo”, come mera maggioranza che decide.

Ecco cosa si vuole intendere con il riferimento alla non democraticità<sup>2</sup> di una materia scientifica o tecnica<sup>3</sup>. Non tutto può essere deciso per alzata di mano o attraverso il consenso popolare; ad esempio, non si ricorre al principio democratico per decidere se il sistema solare è eliocentrico ovvero geocentrico<sup>4</sup>. Non tutto, *id est*, è decidibile con il ricorso alla validazione maggioritaria, in quanto alcuni temi devono essere affrontati secondo un metodo condiviso (accettato dalla comunità scientifica), che si definisce metodo scientifico. Ciò è vero anche quando si affronta lo studio delle scienze sociali come quello delle c.d. scienze “esatte”, “dure”, ciascuna sottoposta al metodo proprio di ogni branca del sapere.

Ciò non significa che non esista una discrezionalità nel discutere, accettare, rifiutare<sup>5</sup> gli esiti delle ricerche scientifiche – il cui impiego può essere limitato e soggetto ad un’etica<sup>6</sup> (si pensi

---

\* Assegnista di ricerca in *Diritto costituzionale* presso l’Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

<sup>1</sup> Il concetto di democrazia è oggi inscindibile da quello di democrazia costituzionale, con la conseguenza che è il testo costituzionale (con i suoi principi) a prevalere, sempre e comunque: A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D’Aloia, Torino, 2005, 580 ss.

<sup>2</sup> Che la scienza non trovi fondamento nel giudizio democratico è cosa nota e da sempre condivisa, anche se di recente si è iniziato a discutere intorno a tale questione proprio a seguito della “disputa” che si è creata tra due “fedi” avverse: i “si vax” e i “no vax”. Il rinvio, chiaramente, va a R. BURIONI, *La congiura dei somari. Perché la scienza non può essere democratica*, Milano, 2017.

<sup>3</sup> Sulla mancata stretta conciliabilità tra scienza e tecnica, cfr., per tutti, G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 6.

<sup>4</sup> A. MORELLI, *La scienza, la democrazia e la tesi della studentessa tunisina che sostiene la teoria geocentrica*, in [laCostituzione.info](http://laCostituzione.info), 23 aprile 2017.

<sup>5</sup> È del tutto condivisibile, ad esempio, la tesi secondo cui la parola “razza” (che scientificamente non esiste) non debba essere espunta dal testo costituzionale.

<sup>6</sup> Da ultimo e autorevolmente A. RUGGERI, *La “federalizzazione” dei diritti fondamentali, all’incrocio tra etica, scienza e diritto*, in [Media Laws. Rivista di diritto dei media](http://Media Laws. Rivista di diritto dei media), 2/2018, 18.

in modo particolare alle scienze biologiche e mediche)<sup>7</sup> –, ma che il percorso di formazione della conoscenza scientifica sia per l'appunto “scientifico”, vale a dire realizzato con un metodo e un sistema di regole che sono appannaggio solo di studiosi, capaci di raggiungere risultati e definire teorie la cui scientificità deriva non dall'essere “verità” incontrovertibili, ma piuttosto dalla possibilità di essere falsificati o corretti<sup>8</sup>, garantendone proprio per questo la validazione da parte della comunità scientifica di riferimento<sup>9</sup>.

La non democraticità del sapere scientifico, d'altronde e in modo paradossale, permette che lo stesso venga inteso “oggettivamente”<sup>10</sup>, che cioè sia valevole per tutti<sup>11</sup>, al di là dei propri valori di riferimento che sono declinabili anche in termini soggettivi. Inteso in tal senso, il dato scientifico “non democratico” può essere utilizzato per giungere ad un risultato politico (che deve essere razionale e proporzionale rispetto al fine da raggiungere), quindi discrezionale, senza, però, che l'“oggettività” del contenuto venga persa, o non presa in adeguata considerazione. Se così è (dovrebbe essere), quali le conseguenze nel caso dell'impiego della scienza nella decisione legislativa?<sup>12</sup>.

## *2. Il criterio della ragionevolezza nell'ambito della giustizia costituzionale quando il legislatore assume valutazioni scientifiche*

I rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento sono sempre stati caratterizzati da una sorta di “diffidenza reciproca” per la ragione che entrambi gli organi sono nelle condizioni di incidere sull'autonomia altrui.

Si pensi anche solo al fatto che, per dar seguito alla riserva di legge ordinaria *ex art.* 137 Cost., il legislatore ha voluto positivizzare proprio nella legge di organizzazione e funzionamento dell'organo di garanzia costituzionale il principio secondo cui «[i] controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento»<sup>13</sup>. Tale disposizione dovrebbe segnare il punto di confine per il controllo giurisdizionale esercitato dalla Corte al fine di tutelare la discrezionalità che è propria dell'organo parlamentare, quando questi decide di normare attraverso le scelte che definiscono la sua «politica legislativa»<sup>14</sup>.

D'altronde, la discrezionalità che è riconosciuta al legislatore può (*rectius* deve) essere sindacata dalla Corte<sup>15</sup> anche “assumendo” nel processo i “fatti” (“scientifici” nei casi che si affronteranno) se l'uso di questi si palesasse come del tutto irragionevole.

<sup>7</sup> D'altronde, la medica è non solo una scienza, ma anche un'arte, una pratica etica, così come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale con la sent. n. [282/2002](#).

<sup>8</sup> Scontato il riferimento a K.R. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Bologna, 2009.

<sup>9</sup> Implicito è il riferimento al «paradigma» di T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 2009, 213.

<sup>10</sup> In modo «tendenzialmente» oggettivo, precisa A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione”*, cit., 571. Sul rapporto tra scienza e diritto che è di tipo complementare e di reciproca integrazione, cfr. E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Sara Volterra*, a cura di C. Murgia, Torino, 2017, 251; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 4/2015, 35.

<sup>11</sup> Costituendo un limite razionale alla sovranità popolare: «il popolo può decidere tutto, tranne ciò che va contro il “comune senso ... scientifico» ricorda A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I. *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994, 130.

<sup>12</sup> C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in [Rivista AIC](#), 2016, 1 ss.

<sup>13</sup> Cfr. l'art. 28 della l. n. 87/1953.

<sup>14</sup> E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, 323.

<sup>15</sup> A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno svoltosi a Trieste, il 26-28 maggio 1986, Milano, 1988, 90 ss.

La Corte costituzionale fa un ampio utilizzo del criterio della ragionevolezza, che nel presente lavoro è indagato non tanto rispetto all'uso che la Corte stessa ne ha fatto nella sua giurisprudenza<sup>16</sup> quanto piuttosto nel caso in cui l'oggetto su cui esercita la discrezionalità legislativa è il sapere scientifico, in particolare quando l'impiego che se ne è fatto è stato sindacato come arbitrario, e dunque non ragionevole. Il fine dell'indagine è quello di rilevare un *test* utilizzato dalla Corte soprattutto quando si norma su una questione su cui si sia già espressa la scienza, intesa come l'insieme delle acquisizioni cui sono pervenuti organizzazioni, istituti, scienziati, che lavorano con il metodo scientifico e senza apparente discrezionalità. È noto che la Corte ha sempre meno ricondotto la ragionevolezza al parametro di cui all'art. 3 Cost. e, quindi, al confronto della norma impugnata con un *tertium comparationis*, giudicando la carenza di ragionevolezza della norma in sé isolatamente considerata – nella misura in cui risulta irrazionale, incoerente rispetto al fine, incerta, per non dire del tutto arbitraria<sup>17</sup>,

<sup>16</sup> Lo studio sul criterio della ragionevolezza è forse uno degli aspetti della giustizia costituzionale più indagato. Pur nella consapevolezza dell'ampiezza della tematica e dell'autorevolezza della dottrina che si è occupata di tale giurisprudenza, si rinvia almeno a AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre del 1992, Milano, 1994; L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, 1997, 899 ss.; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di C. Esposito*, III, Padova, 1973, 1573 ss.; A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Napoli 1990, 665 ss.; A. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del seminario svoltosi a Pisa, 5 maggio 1990, a cura di R. Romboli, Torino, 1991, 31 ss.; A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia giuridica*, XXV, 1991; A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfose" dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994; G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Digesto delle Discipline Pubbliciste*, IX, Torino 1994, 31 ss.; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1997, 341 ss.; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre-A. Spadaro, Torino, 2002; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; F. MODUGNO, *La ragionevolezza della giustizia costituzionale*, Napoli, 2007. Gli studi sulla giurisprudenza costituzionale solitamente suddividono in tre le fasi evolutive dell'utilizzo che la Corte ha fatto del sindacato della ragionevolezza (da ultimo ricostruite da A. LOLLO, *Il principio d'eguaglianza e le sue declinazioni tra ordinamento costituzionale e ordinamento europeo*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura-A. Morelli, Milano, 2015, 400-405): la prima fase (che caratterizza la giurisprudenza costituzionale dalla sua nascita agli inizi degli anni '80) nella quale si fa valere il vizio di incongruità tra fini prefissati e mezzi con i quali perseguirli (vizio di irrazionalità intrinseca, che si basa su un sindacato basato sul principio di eguaglianza inteso come principio di non discriminazione); la seconda (che arriva fino alla fine degli anni '80) dove si fa un largo utilizzo del sistema c.d. ternario, che si basa sul *tertium comparationis* (oggetto, principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., norma terza nella misura in cui sia comparabile a quella che definisce l'oggetto); la terza ed ultima fase, che è quella in cui tutt'ora ci troviamo è caratterizzata da un sensibile allontanamento dall'utilizzo dell'art. 3 Cost. come sicuro parametro di riferimento per il sindacato di ragionevolezza, con la conseguenza che tale giudizio si è autonomizzato. Ad oggi, quindi, il principio di ragionevolezza si è «emancipato» dal principio di eguaglianza, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza italiana*, Relazione predisposta per la Conferenza trilaterale della Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, nel sito telematico della [Corte costituzionale](#). In un costante tensione tra legittimità e merito, il criterio della ragionevolezza prende la forma e la sostanza di una «congruenza rispetto a valori superiori» (G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 202 s., che la distingue dalla razionalità che invece «indica la coerenza logica, cioè la non contraddizione, tra elementi di eguale valore»), e ciò anche se i «contorni della nozione [sono] alquanto sfuggenti» (E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia*, cit., 323 s.), tanto che «sarebbe ingenuo e illusorio supporre che sia possibile predeterminare con certezza positiva "che cosa" sia ragionevole e che cosa invece no» (A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 115) e della qual cosa la Corte è cosciente.

<sup>17</sup> Ult. *Op. cit.*, 127. Per un richiamo delle opere più significative, ma senza alcun intento di completezza, si v. F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, entrambi in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile-E. Cheli-S. Grassi, Bologna, 1982, 19 ss., 103 ss.; F. MODUGNO-L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento*, Padova, 1987, 117 ss.; AA.VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, a cura di N. Assini-A. Anzon-B. Caravita-M. Luciani-M. Volpi, Torino, 1993; AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e*

incongrua rispetto sia ai fatti sia ai valori<sup>18</sup>. La nostra analisi riguarderà la ragionevolezza valutata rispetto ad accertamenti o evidenze scientifiche.

Interrogarci sul criterio della ragionevolezza come oggetto di sindacato e come parametro utilizzato dalla Corte costituzionale significa valutare l'uso che il giudice delle leggi ha fatto, fa (e quindi ragionevolmente farà) se chiamato a giudicare l'intervento che l'organo democraticamente eletto compie intorno a tematiche scientificamente rilevanti che hanno trovato nel consesso scientifico una risposta condivisa, o che, al contrario, non l'hanno ancora ricevuta.

Rilevante è, quindi, evidenziare l'utilizzo che la Corte ha compiuto dei fatti scientifici al fine di confermare ovvero rifiutare le scelte operate in discrezionalità dal legislatore<sup>19</sup> e senza, evidentemente, imporre ad esso le proprie valutazioni.

Il concetto di ragionevolezza costituisce, per come detto, un criterio di origine giurisprudenziale e per questo non si può che partire dalla sentenza della Corte che ha cercato di definire un concetto che per sua natura, come riconosce la Corte medesima, rimane dischiuso all'obiettività dei fatti che vengono presi in considerazione nel processo costituzionale<sup>20</sup>. Ed infatti – e nell'auspicio che la citazione non appaia eccessivamente lunga –, «il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a *criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati*, si svolge attraverso ponderazioni relative alla *proporzionalità dei mezzi prescelti* dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti<sup>21</sup>. Sicché [...] l'impossibilità di fissare *in astratto* un punto oltre il

---

*ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri-G. Silvestri, Milano, 2000; A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Parlamento (in chiaroscuro)*, in *Foro italiano*, 2000, V, 19-26; E. CHELI, *Giustizia costituzionale e sfera parlamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1993, 263-277; V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, IV, Milano, 1977, 129-147; AA.VV., *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, a cura di M. Scudiero-S. Staiano, Napoli, 1999. Più recentemente, almeno, A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. Vignudelli, Milano, 2009, 15-75; E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, cit., 333-348; A. SPERTI, *La discrezionalità del legislatore*, in AA.VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale caratteri. Limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006, 625 ss.; R. BASILE, *Le decisioni di manifesta inammissibilità e infondatezza per rispetto alla discrezionalità del legislatore*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli, 2006, 437 ss.; R. PINARDI, *Brevi note sull'effettività delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia legislativa*, in AA.VV., *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 327-344; G. DE VERGOTTINI-T.E. FROSINI, numero monografico di *Percorsi costituzionali*, 2/3-2010.

<sup>18</sup> G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 60.

<sup>19</sup> Che a sua volta utilizza i dati scientificamente rilevanti per fondare la ragionevolezza del suo intervento di produzione normativa. Cfr. C. PANZERA, *Legislatore, giudici e Corte costituzionale di fronte alla salute (verso un inedito 'circuito di produzione normativa'?)*, in *Diritto e società*, 3/2004, 309 ss. Sull'utilizzo dei poteri istruttori nella possibilità della Corte ex art. 13 della l. n. 87/1953 e artt. 12, 13 e 14 delle Norme integrative si rinvia (oltre che a Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in AA.VV., *Bio-tecnologie*, cit., 163-194; G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, cit., 444-446) a due recenti e significativi lavori: M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, entrambi al sito telematico del [Gruppo di Pisa](#).

<sup>20</sup> R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 332.

<sup>21</sup> È la prima volta che nella giurisprudenza della Corte si richiama il concetto di proporzionalità inteso come valutazione tra il mezzo e il fine. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, il principio di proporzionalità è utilizzato come sinonimo di ragionevolezza o unitamente ad esso o, comunque, mai come un vero e proprio *test*, così come autorevolmente ricordato da M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza*, cit., 6. Ma si vedano anche le sentt. nn. [1](#), [162](#) e [274 del 2014](#). In altre esperienze di giustizia costituzionale, infatti (si v. 5), il principio di proporzionalità (così come teorizzato da R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2007, e come ricorda l'autorevole Autrice) si basa su una sequenza standardizzata degli atti del legislatore e suddivisa in quattro



quale scelte di ordine quantitativo divengono manifestamente arbitrarie e, come tali, costituzionalmente illegittime, non può essere validamente assunta come elemento connotativo di un giudizio di merito, essendo un tratto che si riscontra, come s'è appena visto, anche nei giudizi di ragionevolezza»<sup>22</sup>.

La Corte costituzionale, lungi dal poter sostituire le proprie valutazioni (giudizio di legittimità) con quelle fatte proprie dal legislatore (giudizio di merito), procede con uno scrutinio stretto di costituzionalità (fra presunzione di ragionevolezza e manifesta irragionevolezza)<sup>23</sup>.

Nell'*excursus* giurisprudenziale che si intende ripercorrere si vogliono estrapolare quei riferimenti che dovrebbero costituire le basi per ancorare il giudizio di ragionevolezza ad un *test* di verifica della scelta legislativa compiuta in campo tecnico-scientifico e quindi a quello che è stato definito «giudizio di scientificità»<sup>24</sup>.

### 3. ... la decisione del legislatore è sempre presuntivamente ragionevole

Se ai giudici comuni è affidato il compito di sollevare questione di legittimità costituzionale in caso di inadeguatezza scientifica dei presupposti su cui si è basato il legislatore – giustificando un sospetto di «eccesso di potere legislativo» inteso come «*insoddisfacente bilanciamento tra evidenze tecnico-scientifiche e giudizi di valore costituzionalmente orientati*»<sup>25</sup> –, alla Corte compete l'arduo compito di muoversi in uno spazio di controllo di legittimità e non anche di merito.

Si può allora iniziare a ripercorrere l'*iter* giurisprudenziale della Corte costituzionale in *subiecta materia* dalla (non più recente) sentenza n. [21 del 1964](#) che rappresenta – unanimemente in dottrina – la massima espressione di quel *self restraint*<sup>26</sup> che ha caratterizzato in una prima fase il sindacato della Corte chiamata a decidere su dati superati dalla scienza ma non ancora dal legislatore, al quale è riconosciuta (sempre e comunque) una «presunzione favorevole»<sup>27</sup> per la scelta compiuta.

Giudicando la legittimità della legge (risalente al 1908) che vietava la panificazione nelle ore notturne (allo scopo di prevenire i danni alla salute dei lavoratori derivanti dal loro difficile

---

fasi: 1. «di legittimità», vale a dire verifica della conformità ai principi fondamentali; 2. «di valutazione delle connessioni razionali», stante la valutazione che vi deve essere tra i mezzi (predisposti) e i fini (da perseguire); 3. «della verifica della necessità» del minor sacrificio che viene comunque richiesto ad altri diritti o beni costituzionalmente rilevanti a seguito della scelta legislativa compiuta; 4. «della proporzionalità in senso stretto», nel quale vengono esaminati gli effetti dell'atto legislativo nella concretezza dell'ordinamento (il bilanciamento).

<sup>22</sup> Corte cost., sent. n. [1130/1988](#). «Il criterio di ragionevolezza, quando è disgiunto dal riferimento a un *tertium comparationis*, può trovare ingresso solo se l'irrazionalità o iniquità delle conseguenze della norma sia manifesta e irrefutabile (Corte cost., sent. n. [46/1993](#), punto 4 *cons. in dir.*), così che solo manifeste ragioni di irrazionalità o discriminazioni prive di fondamento giuridico [...] potrebbero consentire di sindacare [l'] ampio potere discrezionale riservato al legislatore» (Corte cost., sent. n. [175/1997](#), punto 2.3 *cons. in dir.*).

<sup>23</sup> Di «presunzione di ragionevolezza» disquisisce, come è noto, R. BIN, *Corte e scienza*, cit., 6. Parla di «non evidente irragionevolezza» S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2009, 825.

<sup>24</sup> G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza*, cit., 60.

<sup>25</sup> G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, 2/2004, 434, corsivi dell'A.

<sup>26</sup> Espressione usata dal Presidente della Corte Giuliano Vassalli nella presentazione della [Relazione della giustizia costituzionale per l'anno 1999](#): «[è] certo ed è stato più volte osservato che simili valutazioni non sono esenti dal rischio di sovrapposizioni alle scelte politiche del legislatore. Ma ad evitare questo pericolo la Corte esercita un *self restraint* sulla ragionevolezza, richiedendo a volte, non la positiva ragionevolezza, ma la non irragionevolezza, la manifesta arbitrarietà della disciplina, o la sua incidenza negativa su diritti fondamentali».

<sup>27</sup> R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 6, che cita A. CERRI, *Divieto di differenziazioni normative per ragioni di sesso e carattere 'privilegiato' delle valutazioni legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1986, 956 ss.

avvicendamento durante il lavoro notturno e di agevolare il più possibile i controlli igienico-sanitari da effettuarsi nelle ore giornaliere), la Corte ne ricostruisce la *ratio* e ne rileva la (potenziale) inadeguatezza, ma senza accertarla e dichiararla, in quanto individua un ampio margine alla discrezionalità legislativa. Essa, infatti, riconosce la volontà del legislatore di verificare «la permanenza delle ragioni che originariamente avevano sorretto la norma», chiosa che «si *potrebbe* anche discutere se, *dopo tanti anni*», tali ragioni siano ancora fondate «sulla base delle nuove acquisizioni della scienza e della tecnica», ma conclude affermando che «queste nuove possibilità, che il legislatore – e solo il legislatore – potrebbe valutare per eventuali modificazioni della disciplina vigente, non si presentano come tali da togliere, rispetto alla situazione generale, quella base di ragionevolezza, su cui resta fondata la norma»<sup>28</sup>. La Corte, dunque, accetta il volere del legislatore di non ridiscutere la validità della fondatezza scientifica su cui la norma trovava appoggio.

Nello stesso senso procedono quelle pronunce che, riconoscendo la piena e totale discrezionalità del legislatore, dichiarano l'infondatezza delle questioni sollevate dai giudici *a quibus* che dubitavano della legittimità delle previsioni di vietare perizie psichiatriche al fine di stabilire la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità di un imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche<sup>29</sup>, ovvero riconoscono la ragionevolezza di quella previsione legislativa che equiparava ai fini sanzionatori due diverse tipologie di sofisticazioni dei vini<sup>30</sup>.

I due casi, però, risultano essere non del tutto coincidenti; il primo, similmente a quanto visto con la decisione del 1964, definisce la diversità tra un giudizio di merito ed uno di legittimità, ma non senza rilevare una probabile inadeguatezza scientifica sopravvenuta quando si legge che «non si esclude che la diffidenza verso la perizia psicologica sia discutibile di fronte allo sviluppo degli studi moderni sulla psiche ed è auspicabile che la norma sia aggiornata»<sup>31</sup>; nel secondo caso, la «presunzione» è assoluta e non viene messa minimamente in discussione, e non avrebbe potuto che essere così non potendosi ritenere – «come implicitamente mostrano di ritenere i giudici *a quibus* – che il legislatore delegato, il quale dispone di organi tecnici altamente qualificati e con il compito istituzionale della raccolta ed elaborazione di tutti gli elementi utili, abbia optato per l'equivalenza sul piano penale dei due fatti, senza la previa ponderazione dei disparati profili che interessano la materia, quali quello [...] tecnico, sanitario»<sup>32</sup>.

Quello sopra richiamato costituisce il tritico delle decisioni a cui comunemente ci si riferisce per affermare quella presunzione di ragionevolezza che garantirebbe le scelte operate dal legislatore in ambito scientifico<sup>33</sup>; l'uso del condizionale rende evidente come tale presunzione «assoluta» sia stata abbandonata dalla giurisprudenza successiva allorché, pur continuando a tutelare la discrezionalità del legislatore, essa delinea i confini, seppur ampi, in cui questa può

---

<sup>28</sup> Corte cost., sent. n. [62/1964](#), punto unico *cons. in dir.*, corsivi nostri.

<sup>29</sup> Il dubbio nasceva dal fatto che la norma contrasta con la funzione emendatrice della pena: infatti non consentendo la perizia psicologica, la disposizione impedirebbe di cogliere appieno il carattere e la personalità dell'imputato e di adattare la sanzione punitiva ai fini del suo recupero sociale. Cfr., quindi, Corte cost., sent. n. [124/1970](#). La norma oggi, adeguandosi alle acquisizioni in campo psichiatrico, è parzialmente abrogata e novellata con l'art. 220, comma 2, c.p.p.

<sup>30</sup> Corte cost., sent. n. [188/1982](#).

<sup>31</sup> E così continua: «anche sotto questo aspetto, peraltro, il problema non è di legittimità costituzionale, ma di discrezionalità legislativa, poiché importa un giudizio di merito sull'utilizzabilità processuale di una scienza; onde l'esame della Corte non potrebbe spingersi così a fondo come si vorrebbe nell'ordinanza di rinvio», Corte cost., sent. n. [124/1970](#), punto unico *cons. in dir.*.

<sup>32</sup> Corte cost., sent. n. [188/1982](#), punto 5 *cons. in dir.* Non solo su tale pronuncia, cfr. T. GIOVANNETTI, *Biotecnologie e sicurezza alimentare: la tutela della salute del consumatore tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia della C.E.*, in AA.VV., *Bio-tecnologie*, cit., in particolare 331-333.

<sup>33</sup> Per tutte e non solo su queste, si rinvia ad una delle ricerche di certo più complete, si v., quindi, G. D'AMICO, *Scienza e diritto*, cit., 167 ss.

esprimersi, configurandosi piuttosto la presunzione delle scelte effettuate dal legislatore come di tipo «debole»<sup>34</sup>. La nota vicenda, risolta con la ancora più nota sent. n. [114/1998](#)<sup>35</sup>, sorgeva dal mancato riconoscimento (da parte del pretore che sollevava q.l.c., supportato da diverse relazioni di periti, tecnici e relazioni della comunità scientifica) della validità scientifica della distinzione (recepita dal codice penale *ex artt.* 94 e 95) tra abitudine nell'ubriachezza e nell'uso di sostanze stupefacenti (da cui discende la colpevolezza) e cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti (che comporta la non colpevolezza) sulla base di considerazioni svolte al riguardo nell'ambito della scienza medico-legale. La Corte è chiamata a giudicare della suddetta differenziazione e quindi della paventata inattendibilità della distinzione accettata anche dalla giurisprudenza e fondata su di una asserita irreversibilità della intossicazione cronica. Saremmo stati dinanzi – sempre a dire del giudice rimettente – ad un diritto vivente fondato su presupposti non condivisi dalla scienza. L'Avvocatura, dal canto suo, riaffermava l'autonomia delle categorie giuridiche rispetto alle nozioni scientifiche. La Corte in questa decisione ricostruisce in modo netto i suoi limiti nell'esercizio del sindacato di ragionevolezza (scientifica) che non deve di certo «escludere che il sindacato sulla costituzionalità delle leggi, vuoi per manifesta irragionevolezza vuoi sulla base di altri parametri desumibili dalla Costituzione, possa e debba essere compiuto anche quando la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i *sicuri riferimenti scientifici* o la *forte rispondenza alla realtà delle situazioni* che il legislatore ha inteso definire», vale a dire rispetto ai «fatti scientifici». E tuttavia, pur se «la disciplina legislativa vigente per la materia in esame non trova nella dottrina psichiatrica e medico-legale una base sicura»<sup>36</sup>, per giungere ad una declaratoria di incostituzionalità 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»<sup>37</sup>.

Per questa giurisprudenza, l'irragionevolezza che si può sindacare deve essere, dunque, manifesta, vale a dire più che palese e risaputamente<sup>38</sup> inconsistente e manifestamente errata

---

<sup>34</sup> Ci si riferisce a quanto sostenuto da R. BIN, *La Corte*, cit., 6.

<sup>35</sup> Per tutti, G. D'AMICO, *Scienza e diritto*, cit., 203 ss.

<sup>36</sup> Corte cost., sent. n. [114/1998](#), punto 5 *cons. in dir.* In dottrina almeno E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto*, cit., 248; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, 2/2015, 286 ss; G. RAGONE, *Scienza e diritto nell'argomentazione della corte costituzionale*, in [Gruppodipisa.it](#) (18 settembre 2015), 11 ss.

<sup>37</sup> La decisione, comunque di infondatezza, è Corte cost., sent. n. [114/1998](#); il punto riportato nel testo è il 4 *cons. in dir.* la decisione è annotata, fra gli altri, da 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 *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1998, 975 ss., per la quale «[c]ontro una logica scientifica di tipo puntuale e rigorosamente legata al dettaglio, il giudice costituzionale afferma, dunque, una logica di sistema, che guarda alla “*ratio*” dell'intera costruzione normativa prescindendo dalla correttezza dei singoli tasselli che la compongono o dalla problematicità della loro applicazione», 978.

<sup>38</sup> Stante lo spazio del controllo che la Corte si riconosce di potere esercitare, che è comunque di tipo residuale (P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2009, 595), in quanto l'irragionevolezza deve risultare «evidente» (G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alla certezze del diritto*, in AA.VV., *Bio-tecnologie*, cit., 245), la possibilità di un utilizzo dei poteri istruttori da parte della Corte, come messo in luce dagli autori appena citati, per l'acquisizione di conoscenze scientifiche, parrebbe minimo, ed infatti così è. La Corte non abbisogna di attivare il potere istruttorio per rilevare ciò che è palesemente inconsistente ed errato, in quanto le informazioni che utilizza sono già nella propria disponibilità perché riferentesi alla «sapienza comune», vale a dire all'*id quod plerumque accidit*. Ciò che la Corte utilizza sono, forse, le c.d. ordinanze istruttorie informali. Su queste ultime e sull'opportunità o meno di utilizzare anche le «ordinanze formali» cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 123 e 176; G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, Q. CAMERLENGO, *Op. cit.*, M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, tutti in AA.VV., *Bio-tecnologie*, cit., e, rispettivamente, a 46 s., 163 ss., 622; G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte*, cit., 443-446; G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza*,



deve essere la base scientifica su cui la legge si fonda<sup>39</sup>; in caso contrario prevarrà la «logica del sistema» giuridico<sup>40</sup> su una logica puramente scientifica di tipo puntuale<sup>41</sup>. E se la certezza del dato scientifico non esiste (ancora)? Il riconoscimento della discrezionalità del legislatore sarà ancora maggiore<sup>42</sup>, fermi restando i limiti già richiamati dell'irragionevolezza manifesta

cit., 432; G. RAGONE, *Scienza e diritto nell'argomentazione della corte costituzionale*, cit., 7. Più in generale sui poteri istruttori e sull'uso che ne ha fatto il giudice costituzionale diversi e autorevoli sono stati gli studiosi che si sono dedicati al tema: fra di essi, si rinvia, almeno, ad A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 1497 ss.; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, 1335 ss.; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1987, 1045 ss.; A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994; R. BIN, *Atti normativi*, cit., 313 ss.; M. AINIS, *La "motivazione in fatto" della sentenza costituzionale*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Torino, 1994, 170; G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del 'fatto' nelle decisioni della Corte*, in AA.VV., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Torino, 1996, 245 ss.; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte*, cit., 431 ss.

<sup>39</sup> Come è avvenuto nel caso risolto con la decisione di fondatezza contenuta in Corte cost., sent. n. [323/2008](#), con la quale la Corte, con una addizione, ha dichiarato l'incostituzionalità della legge ad essa sollevata nella parte in cui non prevedeva che, allorché la malattia insorga dopo i cinque anni dalla cessazione dal servizio, il termine quinquennale di decadenza per l'inoltro della domanda di accertamento della dipendenza delle infermità o delle lesioni contratte, ai fini dell'ammissibilità della domanda di trattamento privilegiato, decorra dalla manifestazione della malattia stessa. L'accoglimento della questione è stata argomentata sulla base delle «attuali conoscenze mediche, [...] che] hanno messo in luce l'esistenza di malattie in cui, fra la causa della patologia e la relativa manifestazione, intercorre un lungo e non preventivabile periodo di latenza in assenza di alcuna specifica sintomatologia, come ad esempio in quelle provocate dall'esposizione all'amianto», punto 2.2 *cons. in dir.*

<sup>40</sup> «Che guarda alla "ratio" dell'intera costruzione normativa prescindendo dalla correttezza dei singoli tasselli che la compongono o dalla problematicità della loro applicazione», così L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni*, cit., 978. Non ricorrendo l'incostituzionalità di una precisa disposizione, se salvata da una interpretazione fondata di tutte le disposizioni poste in sistema, «a prescindere dal significato scientifico della norma», così P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche*, cit., 596.

<sup>41</sup> G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza*, cit., 431.

<sup>42</sup> Ciò è accaduto, ad esempio, nella più recente Corte cost., sent. n. [84/2016](#), allorché la Corte pare abbia fatto un "passo indietro" – per aver rilevato una mancanza di consenso tra gli scienziati in tema di embrioni soprannumerari – non entrando nel merito della questione che era stata sollevata in quanto si riteneva che l'art. 13 della l. n. 40/2004 (divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso) fosse in contrasto con gli artt. 9, 32, 33, comma 1, Cost. Per la Corte, la «tragica» scelta da effettuare (tra il rispetto della vita che si racchiude nell'embrione pur se affetto da patologia e le esigenze della ricerca scientifica) è «così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico» che «[u]nicamente al legislatore [...] compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle "evidenze scientifiche" e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale)», punto 11 *cons. in dir.* La conseguenza di tal modo di procedere, però, non può essere quella di "decidere di non decidere", perché se la scienza non raggiunge un "generale consenso" ciò non deve significare che alla Corte non compete il sindacato sul bilanciamento svolto dal legislatore anche intorno a materie delicate e "sensibili". Proprio per tali conseguenze "ordinamentali" (sul compito della Corte si ritornerà nelle conclusioni del presente scritto) criticamente ha argomentato la maggior parte della dottrina: G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2017, 1 ss.; C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, V.M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, S. PRISCO, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, 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)*, A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, tutti in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2016, 157-250; V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 maggio

per quanto riguarda la legittimità e più in generale i limiti che si impongono alla regolazione giuridica<sup>43</sup>.

#### 4. Verso il riconoscimento del ruolo esercitato dalla expertise tecnica

Nell'ipotesi in cui le conoscenze scientifiche non siano (apprezzabilmente) "certe", la presunzione di ragionevolezza è riconosciuta al legislatore che ha un ampio margine di manovra nel dare contenuto alla "norma scientifica", con conseguente uso parsimonioso del controllo del sindacato di ragionevolezza esercitato dalla Corte limitatamente ai casi in cui il legislatore ha chiaramente disconosciuto le ampie e consolidate cognizioni tecnico-scientifiche nel legiferare proprio in materie fondate su determinati dati scientifici, a cui doveva riferirsi nel momento della produzione legislativa.

Si afferma ciò con riguardo a quanto avvenuto con quello che è passato alle cronache, nello scorcio della fine del secolo scorso, come il "caso Di Bella"<sup>44</sup>, che esemplifica ancora più significativamente l'analisi della ragionevolezza del dato medico-scientifico.

Il c.d. "multitattamento Di Bella" voleva rappresentare una terapia alternativa per la cura dei tumori, ideata dal medico da cui prende il nome, Luigi Di Bella. La terapia – la cui efficacia, come gli stessi fondamenti clinici, è sempre stata priva di riscontri scientifici – era contemplata in uno speciale elenco di "farmaci innovativi", erogabili a totale carico del Servizio Sanitario Nazionale esclusivamente per quei pazienti per i quali non esisteva una valida alternativa terapeutica. I farmaci, *id est*, erano erogati gratuitamente per i malati terminali previamente selezionati ai fini della sperimentazione, mentre per quelli non ammessi al trattamento l'utilizzo dei farmaci era sì autorizzato, ma non erogato gratuitamente.

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi, in riferimento al profilo del rispetto del principio di uguaglianza e al diritto alla salute, sulla conseguenza del divieto d'inserimento dei pazienti nella lista di somministrazione gratuita del trattamento e sul principio di non

---

2016, 1 ss.; E. CHEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5/2016, 4 giugno 2016, 1 ss.; B. BRANCATI, *Il complesso rapporto tra il giudice costituzionale e il dibattito extra-giuridico, in relazione al problema della ricerca scientifica sugli embrioni*, in questa *Rivista*, 2/2016, 304 ss.; D. CARUSI, *La Corte costituzionale e lo statuto dell'embrione*, I. RIVERA, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione degli embrioni*, entrambi in *Giur. it.*, 2/2017, 307 ss.; G. CASABURI, *La Corte costituzionale e la l. 40/04: ritorno all'ordine?*, in *Il Foro it.*, 5/2016, I, 1518 ss.; A. COSSURI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: L'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, in *Giur. cost.*, 2/2016, 763 ss.; C. PICIOCCHI, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 12/2016, 1437 ss.; A. RICCIARDI, *La Corte costituzionale, decidendo di non decidere, lascia aperta la questione degli embrioni crioconservati*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 1 ss.

<sup>43</sup> R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 10.

<sup>44</sup> Corte cost., sent. n. [185/1998](#). Cfr., anche, la di poco successiva Corte cost., sent. n. [121/1999](#) e la ancora più recente Corte cost., sent. n. [8/2011](#). La decisione del '98 è annotata, fra gli altri, da T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra 'fatto legislativo' e 'fatto sociale'*, P. GIANSPERO, *Il diritto alla salute e la sperimentazione clinica in una "additiva di principio" anomala*, entrambi in *Giur. cost.*, 4/1998, 2798-2817. In dottrina sono definiti "fatti legislativi" quelli utili alla «elaborazione ed all'interpretazione del diritto, non acquisibili attraverso l'interpretazione giuridica, che richiedono il ricorso a cognizioni extragiuridiche di altre discipline scientifiche o di comune esperienza», così R. BIN, *Atti normativi*, cit., 334. Cfr., anche, A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul 'caso Di Bella'*, in *Giur. cost.*, 3/1998, 1528 ss. Il ricorso alla comune esperienza ("canone di razionalità pratica" nelle parole della Corte) è stato fatto da ultimo con Corte cost., sent. n. [113/2015](#), in special modo si v. il punto 6 *cons. in dir.*, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 45, comma 6, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), nella parte in cui non prevede che tutte le apparecchiature impiegate nell'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità (autovelox) siano sottoposte a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura. In dottrina, almeno, I. RIVERA, *Il sindacato di ragionevolezza quale strumento di controllo della razionalità (formale e pratica) della norma. Brevi osservazioni a margine della sentenza n. 113 del 2015*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2016.

discriminazione nei confronti di quei soggetti ai quali i medicinali occorrenti per il “multitrattamento” non erano erogati a carico del SSN.

Ricostruito il *petitum* in tali termini, la Corte riesce facilmente a non prendere posizione in merito alla scientificità (in quel momento tutta da dimostrare) della cura; ed infatti, esclude tassativamente la circostanza di essere chiamata a pronunciarsi con riguardo agli «effetti e [al]l’efficacia terapeutica di detto trattamento, per il cui accertamento è in corso la sperimentazione», ed aggiunge che essa «[n]on 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»<sup>45</sup>.

Per la Corte, la determinazione del legislatore di avviare la sperimentazione di un complesso di sostanze e l’autorizzazione al loro impiego nei confronti di altri soggetti estranei alla sperimentazione, prima che ne siano noti gli esiti, non sottende, certo, un «riconoscimento della utilità di impiego» dei medicinali compresi nel multitrattamento. La decisione parlamentare costituisce, però, un «fatto legislativo»<sup>46</sup> che ha una sua oggettività, tale da differenziarlo da un qualsiasi “mero fatto sociale spontaneo”, che non ha alcuna conseguenza sul diritto fondamentale. «Ora, 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*»; se così è, non si può ammettere che «il concreto godimento di tale diritto fondamentale dipenda, per i soggetti interessati, dalle diverse condizioni economiche»<sup>47</sup>, se non con la violazione del principio di eguaglianza.

La Corte, se prende le distanze da un proprio apprezzamento della valutazione (scientifica) legislativa<sup>48</sup>, applica una sorta di principio di precauzione invertito<sup>49</sup> – reso possibile anche dal ruolo che si riconosce essere svolto dagli organi tecnico-scientifici (che, come è nel caso di specie, coadiuvano il legislatore nella predisposizione della decisione normativa) –, che le consente nello stesso tempo di ricordare a sé e al legislatore la propria competenza ad un (potenziale) sindacato di legittimità, da non attivare fino a quando non «sia possibile disporre di *dati scientificamente attendibili*, in base ai quali si possa uscire dalla situazione di incertezza attuale circa la non implausibile efficacia del “multitrattamento Di Bella”, momento in cui dovrà operare la disciplina a regime»<sup>50</sup>.

La (sola) decisione giuridica, che è quella che d’altronde compete alla Corte, lascia (però) sullo sfondo la valenza scientifica della questione con il richiamo agli organi tecnici che diventano i soggetti legittimati alla riduzione della discrezionalità del legislatore, il quale deve prendere in adeguata considerazione le valutazioni da essi fornite e portate alla sua attenzione nel procedimento della formazione della legge.

<sup>45</sup> Corte cost., sent. n. [185/1998](#), punto 8 *cons. in dir.* Oltre agli AA. già citati nella nota precedente, si rinvia a A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle “fattispecie dubbiose”*, C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l’effettività della sua tutela nella sperimentazione del “multitrattamento di bella”*, entrambi in 151/1999, 166 ss.

<sup>46</sup> Anche se la sentenza non esplicita in nessun passaggio della motivazione quali sarebbero le conseguenze sociali (“i fatti sociali legislativi”) dell’intervento legislativo. Cfr. T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra ‘fatto legislativo*, cit., 2804. L’A. rileva la differenza tra tali fatti sociali legislativi e i *legislative facts* che si riferiscono ai fatti idonei ad interpretare la legge stessa e quindi a ricavare la *ratio* dell’intervento del legislatore, 2803. Ampiamente in tema G. RAGONE, *Scienza e diritto nell’argomentazione della Corte costituzionale*, cit., 2.

<sup>47</sup> Corte cost., sent. n. [185/1998](#), punto 9 *cons. in dir.*

<sup>48</sup> T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra ‘fatto legislativo’*, cit., 2800.

<sup>49</sup> P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche*, cit., 599. Sul principio di precauzione si rinvia, per tutti, a S. GRASSI-A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2003, 149-169.

<sup>50</sup> Corte cost., sent. n. [185/1998](#), punto 10.c *cons. in dir.*

Il ruolo esercitato e riconosciuto all'*expertise* tecnica è consacrato qualche anno dopo con una decisione molto rilevante qual è la sent. n. [282 del 2002](#); con essa l'acquisizione delle conoscenze scientifiche diventa un parametro di legittimità sostanziale delle attività politiche discrezionali (*rectius* delle procedure legislative), rispetto alle quali si pone come limite conformativo. Con tale pronuncia<sup>51</sup>, la Corte dichiarava costituzionalmente illegittima la legge della Regione Marche (la n. 26/2001)<sup>52</sup> che vietava in tutto il territorio regionale lo svolgimento della pratica della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e di altri interventi di psicoturgia, non essendo il legislatore regionale (ma lo stesso vale anche per quello statale) idoneo a stabilire in modo autonomo quali devono essere le pratiche terapeutiche ammesse e a quali condizioni<sup>53</sup>.

La Corte, dichiarando la questione fondata, chiariva che il legislatore non è sempre escluso dalla decisione sulle pratiche terapeutiche, ma che il suo intervento è possibile solo nell'opera del bilanciamento tra diritti e doveri; se i diritti fondamentali non entrano «in gioco [allora,] 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».

La ragione di tale mancato riconoscimento a stabilire determinate pratiche terapeutiche è nella tutela dell'autonomia dell'operatore sanitario e nel fatto che «la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione» e per questo la regola da seguire è quella del riconoscimento «della autonomia e della responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»<sup>54</sup>.

L'intervento del legislatore, seppur residuale, non è sempre e comunque precluso, ma è ammesso nel rispetto di un limite che è definito di tipo procedurale<sup>55</sup> (oltre che sostanziale), che può interessare il merito stesso delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza<sup>56</sup>; il vincolo in parola è quello già richiamato nella sent. [185/1998](#), e quindi il principio di diritto è quello per cui l'appropriatezza delle scelte terapeutiche «non potrebbe nascere da valutazioni di *pura discrezionalità politica* dello stesso legislatore, bensì [ed in ciò

---

<sup>51</sup> Cfr., almeno, G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza*, cit., 58 s.; A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze tra Stato e regioni*, in *Il Foro Italiano*, 1/2003, 406-412; A. D'ATENA, *La Consulta parla ... e la riforma del titolo V entra in vigore*, D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V*, entrambi in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2002, 2027-2034, 2034-2042; E. CAVASINO, *I vincoli alla potestà legislativa regionale in materia di tutela della salute tra libertà della scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2002, 3282-3297; C.E. GALLO, *La potestà legislativa regionale concorrente, i diritti fondamentali ed i limiti alla discrezionalità del legislatore davanti alla Corte costituzionale*, in *Foro amministrativo-Consiglio di Stato*, 2/2002, 2791-2796; R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, 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*, entrambi in *Le Regioni*, 6/2002, e rispettivamente a 1445-1450, 1450-1461.

<sup>52</sup> Il legislatore regionale aveva disposto la sospensione, su tutto il territorio della regione, da un lato dell'applicazione della terapia elettroconvulsivante (TEC, il c.d. "elettroshock"), dall'altro lato della pratica della lobotomia prefrontale e transorbitale e di altri simili interventi di psicoturgia, fino a che il Ministero della salute non avesse definito in modo certo e circostanziato le situazioni cliniche per le quali tale terapia e tale pratica siano sperimentalmente dimostrate efficaci e risolutive e non già causa di danni temporanei o permanenti alla salute del paziente.

<sup>53</sup> La Corte, dunque, non segue l'impostazione avanzata dal ricorrente della violazione della competenza da parte della Regione, ma dichiara l'incostituzionalità della norma, prodotto di una scelta (eccessivamente) discrezionale del legislatore, in quanto non ha tenuto conto di specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche.

<sup>54</sup> Passaggi presenti nel punto 4 *cons. in dir.*

<sup>55</sup> S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10.

<sup>56</sup> Possibile, ad esempio, nel dettare regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici «a rischio», onde meglio garantire – anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti – l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie.



consiste il limite procedurale oltre che sostanziale] dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi [...] 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»<sup>57</sup>.

Riconoscimento dell'autonomia del medico<sup>58</sup> nelle proprie scelte professionali ed obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali configurano, dunque, un altro punto di incrocio dei principi che bisogna tenere in adeguata considerazione quando si regolamenta una disciplina in cui è rilevante l'aspetto tecnico-scientifico.

Il richiamo ai “fatti” scientifici, quindi, costituisce una solida base per il legislatore per «ancorare la propria discrezionalità a dati maggiormente oggettivi»<sup>59</sup> e per limitare, pertanto, il controllo della legittimità operato dalla Corte, anche se, quando in confronto ad essi le scelte normative dovessero risultare palesemente arbitrarie, incontrovertibilmente erronee, elevatamente indeterminate od anche radicalmente ingiustificate, vale a dire contrastanti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza<sup>60</sup>, tali “fatti” da base solida per il legislatore si trasformano in sabbie mobili.

L'irragionevolezza della scelta legislativa che si basa su acquisizioni scientifiche si palesa nell'uso distorto della discrezionalità quando vi è un falsato utilizzo del sapere scientifico che non giustifica quella determinata scelta normativa<sup>61</sup> ovvero quando il legislatore disciplina nel dettaglio e a maglie strette una materia ad alto contenuto scientifico con la conseguenza, si

---

<sup>57</sup> Punto 5 *cons. in dir.* Continuando nel punto 6, si rileva che, nel caso di specie, l'intervento regionale contestato dal Governo non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, ma si presenta come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente intesa a scopo cautelativo, in attesa di futuri accertamenti che dovrebbero essere compiuti dall'autorità sanitaria nazionale e neanche in ordine a terapie nuove o sperimentali, «bensì a pratiche conosciute e utilizzate da tempo, ancorché oggetto di considerazioni non sempre omogenee fra gli specialisti».

<sup>58</sup> Da ultima, Corte cost., sent. n. [169/2017](#), punto 8 *cons. in dir.*

<sup>59</sup> C. PANZERA, *Legislatori, giudici e Corte*, cit., 344.

<sup>60</sup> Parlano di «un controllo esterno», Q. CAMERLENGO, *Op. cit.*, 178; M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, cit., 624.

<sup>61</sup> O, *a contrario*, l'*expertise* tecnica salva la norma da una declaratoria di incostituzionalità anche paradossalmente quando il legislatore non era consapevole delle acquisizioni scientifiche. Pare essere questo il caso, fra gli altri, che rende legittima la decisione di non estendere a tutti l'utilizzo del c.d. “Metodo Stamina”, ma di limitarlo solo a quei pazienti che avevano già avviato la cura prima che il legislatore, appunto, decidesse di interromperla (chiara, anche se non espressa, è la presa di distanza dalla precedente giurisprudenza “Di Bella” dove si era utilizzato il solo parametro dell'eguaglianza e l'argomentazione per cui nel contenuto minimo del diritto alla salute vi è l'aspettativa della cura anche con metodi non scientificamente accertati). Fra le altre argomentazioni utilizzate dalla Corte vi è anche quella che «la sussistenza delle condizioni per la prosecuzione della sperimentazione prevista dalla legge censurata risulta esclusa dal decreto del Ministero della salute adottato, sulla base della relazione dell'apposito comitato scientifico, il 4 novembre 2014, nelle more del presente giudizio». Sulla particolarità del caso che ha portato a Corte cost., sent. n. [274/2014](#), sulla decisione medesima, ed anche sul paradosso per cui la Corte, richiamando la relazione del Comitato scientifico nelle more, dimostra che la legge non poggiava, quando pubblicata, su solide basi scientifiche e sul fatto che (alcuni) giudici comuni hanno fatto rientrare il c.d. diritto alla speranza nel diritto alla salute (senza notare che il diritto alla salute si “deve” fondare sulla dimensione oggettiva della salute, in caso contrario si tratterebbe di soggettivizzare la nozione di salute), si v. G. D'AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scienza. A proposito del 'metodo Stamina'*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2013, 420-423; M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della 'vicenda Stamina'*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo. Dialoghi sulla dignità umana*, a cura di L. Chieffi, 1/2013, 63 ss.; M. D'AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili”*, cit., 12 s. Contro la soggettivizzazione del diritto alla salute si è espressa la stessa Corte costituzionale con la nota sent. n. [164/2012](#): «Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiamento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango», così nel punto 7 *cons. in dir.*



diceva, che la stessa Corte condurrà un sindacato anch'esso a scrutinio stretto dove valuterà l'arbitrarietà, l'irrazionalità, *id est*, l'irragionevolezza della scelta legislativa compiuta.

Si potrebbe concludere che la possibilità di intervento legislativo è “fisarmonicamente” orientato<sup>62</sup>, vale a dire che si restringe dinanzi a certezze scientifiche e si espande davanti a conoscenze medico-scientifiche che ancora validate non sono, fermo restando l’“utilizzo” consultivo degli organi tecnico-scientifici. In questa seconda ipotesi la disciplina legislativa non può mai essere talmente penetrante da non prendere in adeguata considerazione la “continua evoluzione” della scienza<sup>63</sup> e l’“autonomia” e la “responsabilità” del medico che opera secondo le evoluzioni dei saperi medici.

##### 5. *Il criterio della ragionevolezza scientifica in alcuni casi recenti*

Il consolidamento dei principi metodologici<sup>64</sup> fatti propri dalla Corte si palesa nella giurisprudenza che ha ad oggetto la molto discussa legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita. Il giudice delle leggi è stato chiamato più volte a decidere sulla costituzionalità della norma e lo ha fatto con diverse pronunce che (anche se non tutte) hanno dichiarato l'incostituzionalità di molte disposizioni. Fra le decisioni di accoglimento<sup>65</sup> vi è la

---

<sup>62</sup> Nella giurisprudenza convenzionale questa oscillazione “a fisarmonica” può avere delle ripercussioni sulla dottrina del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in quelle materie dove non vi è ancora un *idem sentire*. Sul rapporto tra scienza e diritto, la Corte EDU ha prodotto una cospicua giurisprudenza che qui non può che essere solo richiamata e che è stata chiamata ad interessarsi al divieto di fecondazione eterologa (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione Prima, del 1 aprile 2010, e Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 3 novembre 2011, caso *S.H. e altri c. Austria*); sulla diagnosi pre-impianto anche per le coppie fertili e sterili (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione II, del 28 agosto 2012, caso *Costa e Pavan c. Italia*); sulla c.d. cura Stamina (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione II, del 28 maggio 2014, caso *Durisolto c. Italia*); sui divieti alla libertà scientifica sugli embrioni umani (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 27 agosto 2015, caso *Parrillo c. Italia*). In dottrina si v. per tutti, M. D'AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili”*, cit., 17 ss. e dottrina ivi citata. In tale giurisprudenza viene richiamata l'esigenza che il diritto stia al passo con la scienza: «la Corte osserva che il parlamento austriaco non ha, ad oggi, proceduto ad un esame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale, considerando la rapida evoluzione della scienza e della società a tal riguardo», § 117 del caso *S.H. e altri c. Austria* (Grande Camera); sempre che la scienza medica sia fondata «ad oggi [infatti] il valore scientifico del metodo in questione non è provato essendo tuttora pendente il procedimento giudiziario avviato da D.V. che ha ad oggetto la sperimentazione del metodo “Stamina”», § 48 del caso *Durisolto c. Italia*. Cfr., altresì, C. CASONATO, *La scienza come parametro*, cit., 10.

<sup>63</sup> Si può anche richiamare Corte cost., sent. n. [414/1995](#) dove non si giudica irragionevole la nozione di morte e il suo accertamento così come riconosciuto dalla legge, in quanto «allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero, può dirsi che la recente legge n. 578 del 1993, nel riflettere i progressi scientifici ed al fine di conseguire risultati di solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del concetto di decesso, certezza della irreversibilità di estinzione della persona), non si ponga in contrasto con norme e principi costituzionali per quanto concerne il circoscritto oggetto del presente giudizio, attinente alla chiarificazione della nozione di morte e l'indicazione dei criteri di accertamento della stessa». Cfr., almeno, A. CELOTTO, *Il bilanciamento tra diritto alla vita e trapiantabilità degli organi al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1/1996, 28 ss.

<sup>64</sup> *Ex multis* Corte cost., sent. n. [338/2003](#), che ha dichiarato incostituzionali le leggi regionali in materia di tutela della salute (ancora in merito all'applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia), in quanto, seppur la potestà legislativa è di tipo concorrente, non possono incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di o in difformità da determinazioni assunte a livello nazionale, introducendo una disciplina differenziata per una singola regione e riservando così un trattamento diversificato all'interno del territorio nazionale ai diritti fondamentali del malato ad essere curato efficacemente secondo i canoni della scienza e dell'arte medica e ad essere rispettato come persona nella propria integrità fisica e psichica.

<sup>65</sup> Nell'ord. n. [369/2006](#) – nella quale si registra, fra l'altro, la scissione tra giudice redattore e giudice relatore – è contenuto un dispositivo di inammissibilità; con tale pronuncia di rito, la Corte dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale vertente sull'articolo 13 della legge 40 nella parte in cui fa divieto di ottenere la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie, se

sent. n. [151/2009](#) della Corte costituzionale<sup>66</sup>, il cui punto 6.1 del *Considerato in diritto* risulta di estrema rilevanza. I giudici di Palazzo della Consulta dichiarano l'incostituzionalità del divieto di cui al comma 2 dell'art. 14<sup>67</sup> e consequenzialmente del successivo comma 3<sup>68</sup>. La previsione legislativa è sindacata come incostituzionale perché non riconosce al medico la possibilità di valutazione del singolo caso sottoposto al trattamento «sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche», negando in radice qualsiasi carattere di flessibilità che è invece richiesto alle norme che disciplinano fatti scientifici e che hanno ricadute sui diritti fondamentali, in questo caso della donna.

Ciò che rileva dalla lettura della pronuncia è il sindacato sulla ragionevolezza della norma e quindi sul mancato rispetto di quei limiti che si impongono alla discrezionalità legislativa così come ricostruiti dalla giurisprudenza costituzionale, vale a dire in riferimento alle «acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica» e che rinviano non alla decisione legislativa generale ed astratta, ma alla casistica che si impone dinanzi all'autonomia e alla responsabilità del medico, guidato dalla sua professionalità e, ben inteso, con il consenso del paziente.

---

su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. La manifesta inammissibilità è seguente al fatto che la Corte si è lamentata della mancata impugnazione del testo legislativo nella sua totalità, stante la inscindibilità delle disposizioni. In dottrina, sottolineando appunto la possibilità che ha la Corte dell'utilizzo processuale della illegittimità consequenziale e quindi della implicita volontà di non decidere *si v.*, già dal titolo, A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); A. CELOTTO, *La Corte costituzionale 'decide di non decidere' sulla procreazione medicalmente assistita*, C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita*, M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2006, e rispettivamente a 3846-3849, a 3849-3858 e a 3859-3867; L. TRUCCO, [La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale](#), in questa [Rivista, Studi, 2006](#).

<sup>66</sup> Cfr., almeno, M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione assistita e la 'Costituzione che non vale più la pena difendere'?*, entrambi in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2009, 1688-1695 e 1696-1705; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale*, entrambi in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); L. TRUCCO, [Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di \(almeno in parte\) decidere](#), in questa [Rivista, Studi, 2009](#) (15.VII.2009); D. CHINNI, [La procreazione medicalmente assistita tra 'detto' e 'non detto'. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004](#), *ibid.* (29.IX.2009); E. DOLCINI, *Embrioni nel numero 'strettamente necessario': il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2009, 950 ss.; ID., *La fecondazione assistita 'eterologa'. Una questione aperta*, A. MORELLI, *La Costituzione in laboratorio. I limiti giuridici alla ricerca sulle cellule staminali*, entrambi in AA.VV., *Diritto e bioetica*, cit., 15-36, 49-54; M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in [Costituzionalismo.it](#). Intorno alle discussioni precedenti al deposito della decisione, non si può che rinviare ad AA.VV., *Dalla provetta alla Corte*, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Guazzarotti-A. Pugiotto-P. Veronesi, Torino, 2008; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge 40/2002, recante 'Norme in materia di procreazione medicalmente assistita'*, in *Diritto Pubblico*, 2/2004, 501-548. In riferimento E. CASTORINA, *Op. cit.*, 33.

<sup>67</sup> Che stabiliva che «[l]e tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica [...], non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; l'incostituzionalità è dichiarata limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre».

<sup>68</sup> «Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile»; l'incostituzionalità è stata dichiarata «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

La Corte, inoltre, riportando in decisione riflessioni scientifiche – i “fatti” entrano nel processo<sup>69</sup>, ma non si ha contezza se solo grazie ai rimettenti –, rileva l’irragionevolezza della norma per il fatto che essa non tutela i “soggetti” che in linea di principio il medesimo legislatore si era posto come obiettivo di proteggere (l’embrione e la madre): i mezzi non sono razionali (sono incongrui) allo scopo<sup>70</sup>.

Dopo due decisioni di inammissibilità, finalmente la Corte si è “riconosciuta”<sup>71</sup> competente a dichiarare l’incostituzionalità degli articoli 4, c. 3, 9, cc. 1 e 3, e 12, c. 1 della legge n. 40, relativi al divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita<sup>72</sup>. L’incostituzionalità della

---

<sup>69</sup> La Corte costituzionale quando è chiamata ad esercitare il proprio sindacato di costituzionalità sulle leggi che si basano su acquisizioni scientifiche abbisogna che siano valutati dalla stessa o che comunque siano presi in considerazione degli elementi extragiuridici (i fatti per l’appunto) di cui si serve per acquisire una conoscenza del fenomeno scientifico tale da poter valutare la corrispondenza tra quanto accertato dalla legge e i risultati a cui è giunta la scienza, richiamata come fondamento dalla regola giuridica medesima.

<sup>70</sup> «Il limite legislativo in esame finisce, quindi, per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l’aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all’art. 14, comma 4 salvo il ricorso all’aborto», sempre il punto 6.1 *cons. in dir.*

<sup>71</sup> Il participio passato si impiega avendo a mente l’ord. n. [150/2012](#). Questa decisione è stata sottoposta a critica da coloro i quali (così come per l’ord. n. [369/2006](#)) hanno sottolineato la modalità (processuale) cui la Corte si è richiamata con l’implicita finalità di non decidere, ma solo di posticipare la decisione a seguito di una sempre possibile riproposizione di una q.l.c. (cosa che del resto è avvenuta). La Corte, alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria*, successiva alla presentazione dell’ordinanza, ma rilevante – a dire della Corte – ai fini dell’interpretazione delle disposizioni indicate nel *thema decidendum*, decise di disporre la restituzione degli atti ai giudici *a quo* per *ius superveniens*, affinché essi potessero rinnovare l’esame dei termini delle questioni, e agì in tal senso prendendo in considerazione solo l’art. 117, comma 1 (disposizione costituzionale che rileva quando si prendono in considerazione le fonti esterne all’ordinamento) e non anche gli altri parametri costituzionali in riferimento ai quali si dubitava della non conformità dei testi di legge impugnati, che la giurisprudenza convenzionale lasciava sostanzialmente inalterati. Si v. R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l’ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, e A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri ‘conseguenziali’ e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, entrambi in questa *Rivista, Studi*, rispettivamente [2013](#) (26.02.2013) e [2012](#) (12.06.2012); E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino ‘convenzionale’ della Corte*, A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, entrambi in *Forum di Quaderni Costituzionali*; V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell’ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell’ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, tutti in *Rivista AIC*; G. REPETTO, “*Non di sola CEDU ...*” *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Diritto Pubblico*, 1/2013, 131-165.

<sup>72</sup> La l. n. 40 del 2004 permette(va): «[a]l fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1), il ricorso alla procreazione medicalmente assistita (*infra* PMA) alle condizioni e secondo le modalità previste dalla stessa, e quindi «[è] vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo» (art. 4, comma 3), facendo dunque «[d]ivieto del disconoscimento della paternità e dell’anonimato della madre» (art. 9), e disponendo che «[q]ualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l’azione di disconoscimento della paternità» (art. 9, comma 1) e che «in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» (art. 9, comma 3). Infine, l’art. 12, comma 1, stabilisce che «[c]hiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall’articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro».

disposizione censurata – ad avviso della Corte – sta nella sua intrinseca irragionevolezza nel bilanciamento dei diversi diritti, e nella sua irrazionalità per aver escluso dalla possibilità di utilizzo della tecnica le coppie sterili o infertili<sup>73</sup>.

La Corte, pur riconoscendo che si tratta di questioni che toccano “temi *eticamente sensibili*” e che per questo è al legislatore che compete la valutazione di un ragionevole bilanciamento al fine di individuare il punto di equilibrio fra contrapposte esigenze «nel rispetto della dignità della persona umana», da subito chiarisce che resta ferma la sindacabilità della normativa di risulta della valutazione politica, «al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano»<sup>74</sup>.

Scopo del richiamo di tale decisione non è quello di giudicare la fondatezza argomentativa<sup>75</sup> o meno<sup>76</sup> della decisione stessa, quanto quello di inserirla nel filone giurisprudenziale che si sta analizzando. Con la sent. n. [162/2014](#), la Corte pare abbia compiuto un salto “qualitativo” di una certa importanza rispetto ai suoi precedenti che emerge dal richiamo che essa fa della sua stessa giurisprudenza sulla ragionevolezza scientifica delle leggi applicandola ad un caso che per noi, però, non è equiparabile in modo pieno a quelli prima analizzati nei quali il legislatore decideva di basarsi su cognizioni scientifiche, ma lo faceva in modo errato, ovvero le disconosceva in modo arbitrario pur trattando di una materia ad “alta intensità” tecnico-scientifica. Qui, invece, il legislatore (nella sua discrezionalità) decide di non permettere il ricorso ad una precisa tecnica medica (procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo). La Corte, però, afferma che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere *incoercibile*, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch’essa attiene a questa sfera»<sup>77</sup>.

Tale affermazione, determinando una nettissima limitazione nei riguardi del legislatore, comporta che l’esistenza di una tecnica – sempre che essa non si ponga in contrasto con beni costituzionali – deve essere “obbligatoriamente”<sup>78</sup> riconosciuta al fine di perseguire la libertà

<sup>73</sup> Corte cost., sent. n. [162/2014](#), punto 13 *cons. in dir.* Questa decisione per la sua rilevanza, ma anche “debolezza” argomentativa, è stata oggetto di una moltitudine di commenti, oltre quelli citati più avanti, almeno L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, A. MUSUMECI, “La fine è nota”. *Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, entrambi in [Osservatorio Costituzionale Aic](#) (luglio 2014); si rinvia, altresì, al numero 2/2014 di [BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), che ha dedicato il numero monografico a Quel che resta della legge 40, per riprendere le parole dell’editoriale scritto da A. D’Aloia e che apre la Rivista.

<sup>74</sup> I passi riportati della sentenza del 2014 sono tutti presenti nel punto 5 *cons. in dir.*

<sup>75</sup> A. RUGGERI, *La Consulta apre all’eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte Edu*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale*, in questa [Rivista, Studi 2014](#) (13.06.2014) V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#); S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, G. D’AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, entrambi in [Forum di Quaderni Costituzionali](#).

<sup>76</sup> Su tutti A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in questa [Rivista, Studi 2014](#) (13.06.2014); C. TRIPODINA, *Il ‘diritto al figlio’ tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2014, 2593-2560. Sulla deriva scienziata della Corte (la scienza non costituisce solo parametro di giudizio, ma, altresì, lo sviluppo delle libertà, che, devono essere per questo impiegate se non violano diritti fondamentali), cfr. anche G. RAGONE, *Scienza e diritto nell’argomentazione della Corte costituzionale*, cit., 16 s., 25.

<sup>77</sup> Corte cost., sent. n. [162/2014](#), punto 6 *cons. in dir.*, corsivi nostri.

<sup>78</sup> Cercando di limitare l’affermazione fin troppo forte, ma che traspare dalla complessiva lettura della decisione, si può comunque rilevare che il legislatore aveva già permesso l’utilizzo della tecnica della procreazione medicalmente assistita pur se limitatamente a quella omologa. Al di là delle poche argomentazioni spese dalla Corte per rilevare che la valutazione della differenza tra le due tecniche è da considerarsi come irrazionale: «[n]on



di autodeterminazione del soggetto, a prescindere, quindi, da quello che decide (*rectius* che non può decidere) il legislatore<sup>79</sup>.

Chiaro è, da questo punto di vista, che la tecnica da parametro diventa oggetto a prescindere da una valutazione legislativa<sup>80</sup>, che non può non prendere in considerazione che «quando la tecnica rende possibile il concepimento di un figlio laddove la natura non lo permetterebbe, lì nasce la rivendicazione del diritto a procreare artificialmente [e questo è un] tipico «diritto dell'età della tecnica»<sup>81</sup>.

Questa giurisprudenza consegna all'interprete e al decisore parlamentare, il dato fattuale per cui nessun intervento legislativo negli ambiti dove rileva il trinomio scienza-tecnica-diritti può (*rectius* potrà) prescindere dal fatto che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla *verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite*, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati, anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela»<sup>82</sup>, dal «*consenso espresso dai soggetti coinvolti*» e quindi dalla salvaguardia dell'autonomia e della «*responsabilità del medico*, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali», fermo restando «il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali»<sup>83</sup>, tenendo sempre presente l'«evoluzione tecnico-scientifica»<sup>84</sup>.

---

rileva che le situazioni in comparazione non sono completamente assimilabili, sia perché ciò è ininfluenza in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe» (sentenza n. [1009 del 1988](#)), come appunto nel caso in esame», così Corte cost., sent. n. [162/2014](#), punto 13 *cons. in dir.* Quindi, l'esigenza di tutelare il diritto alla salute quando si hanno a disposizione delle acquisizioni tecniche di riproduzione fa sì che la Corte nel caso concreto abbia reso possibile (perché giudicato irragionevole il limite) le tecniche di riproduzione limitate ai soli casi di sterilità ed infertilità assolute ed irreversibili e lasciando in piedi, fra l'altro, il limite della maternità surrogata.

<sup>79</sup> Con ciò non si vuol dire che il diritto deve arretrare (pur data una sorta di prevalenza della scienza sul diritto: G. DI GENIO, *op. cit.*, 1), anzi che esso debba procedere, nel senso indicato, quindi, da S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune*, cit. 16 ss., e dovendolo fare secondo le indicazioni date dalla Corte costituzionale.

<sup>80</sup> Tende a limitare – e a ragione – la portata della sentenza G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse*, cit., 3 s., per il quale «la Corte, nella pronuncia in esame, non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del generale divieto di ricorrere a tecniche di tipo eterologo, limitandosi ad eliminare dalla originaria previsione il caso delle coppie assolutamente infertili o sterili, e, di conseguenza, escludendo per quest'ultima ipotesi la sanzionabilità delle relative condotte (ex art. 12, comma 1). La scelta – questa sì – politica di vietare in generale il ricorso alla donazione di gameti è rimasta fuori dal sindacato di costituzionalità».

<sup>81</sup> Con molte e argomentate riserve C. TRIPODINA, *Il 'diritto' a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2/2014, 67.

<sup>82</sup> Corte cost., sent. n. [162/2014](#), punto 7 *cons. in dir.*

<sup>83</sup> Corte cost., sent. n. [162/2014](#), punto 7 *cons. in dir.* La l. n. 40 del 2004 ha conosciuto ancora altre due decisioni di accoglimento: Corte cost., sentt. nn. [96/2015](#) (che è una pronuncia additiva) e [229/2015](#). In dottrina almeno M. BERGO, *Il riconoscimento del diritto alla fecondazione eterologa e alla diagnosi preimpianto nel sistema italiano di "regionalismo sanitario"*, in *Giur. cost.*, 5/2015, 1739 ss.; L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giur. cost.*, 6/2015, 2111 ss.; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016, 1 ss.; A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, 1457 ss.

<sup>84</sup> Questo il monito che la Corte costituzionale ha rivolto al legislatore allorché ha affermato che è «compito del legislatore introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento», così nel punto 10 *cons. in dir.* della sent. n. [96/2015](#). In dottrina,



6. Conclusioni a valle di Corte cost., sent. n. [5/2018](#)

Quando il legislatore decide di disciplinare una materia scientifica (in special modo medico-terapeutica) non può estraniarsi da essa, ma le sue scelte non possono nascere da valutazioni di *pura discrezionalità politica*, dovendosi esse basare sullo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, da acquisirsi durante la fase della elaborazione legislativa, da esse non si può prescindere, anzi, per come si vedrà, si dovrà cronologicamente e logicamente farvi continuo ricorso anche a seguito della elaborazione legislativa. Tale ultimo assunto pare costituire l'ultima tappa del *test* che viene impiegato dalla Corte nel suo giudizio di ragionevolezza della "mitezza" della legge che giuridicizza il fatto scientifico. Si afferma ciò alla luce dell'ultima decisione della Corte costituzionale in tema di scienza: l'obbligatorietà e non solo la mera facoltà delle vaccinazioni.

Non è questa la sede per ripercorrere la giurisprudenza costituzionale in *subiecta materia*<sup>85</sup>, anche se per ciò che si sta per dire non ci si può esimere dal ricordare che in materia di vaccinazioni il giudice delle leggi ha sempre ancorato il suo argomentare all'articolo 32 Cost.; il provvedimento che s'impone perché obbligatorio deve essere volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e ad assicurare che l'intervento previsto non danneggi ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto<sup>86</sup>.

Riconoscendo il diritto fondamentale alla salute, l'art. 32 della Costituzione<sup>87</sup> esplicitamente sancisce in modo chiaro, nel suo secondo comma, il diritto fondamentale al rifiuto delle cure: «[n]essuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione

---

sulla sent. n. [96/2015](#), cfr. C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2015; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni crioconservati. Prove di dialogo incrociato tra Corti*, in [BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 3/2015, 157-168; S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili"*, cit., 1 ss., M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, tutti in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in [Rivista AIC](#) 3/2015; E. MALFATTI, [La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né \(del tutto\) condivisibile](#), in questa [Rivista](#), [Studi](#), 2015/II, 533 ss.; M.P. IADICICCIO, *La diagnosi preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in [Quaderni costituzionali](#), 1/2015, 325-350.

<sup>85</sup> Ampiamente analizzata dalla dottrina: S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979, 875, 894 s.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, 309 ss.; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1984, 558 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2015, 54 ss. In modo particolare sul decreto-legge, sulla legge oggetto del sindacato e sulla decisione della Corte cfr. fra i contributi pubblicati anche prima del deposito della decisione, si v. gli interventi (moderati da A. MORELLI) di F.G. PIZZETTI, L. RISCATO, A. RUGGERI, A. SPADARO, S. CURRERI, G. SORRENTI, C. SALAZAR, G. MAESTRI, S. AGOSTA, P. FALZEA, L. D'ANDREA, predisposti per il *Forum - Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in [BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 2/2017, 54 ss.; M. TOMASI, *Politiche sanitarie vaccinali fra diritto, scienza e cultura*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 10/2017; A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in [Federalismi – Osservatorio di diritto sanitario](#), 15 novembre 2017. Sulla decisione, per tutti, A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in questa [Rivista](#), 1/2018, 87 ss.

<sup>86</sup> *Ex multis*, si v. le sentt. nn. [258/1994](#) e [118/1996](#). Da ultimo Corte cost., sent. n. [268/2017](#), punto 6 *cons. in dir.*

<sup>87</sup> Non si può che rinviare al noto studio di L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in AA.VV., *L'ordinamento sanitario. L'Amministrazione sanitaria*, a cura di R. Alessi, Milano, 1967, 103 ss.

di legge». Tale fonte, però, non è libera nel limitare il diritto all'autodeterminazione del soggetto, insistendo sulla materia una riserva di legge rinforzata, in quanto l'eventuale limitazione può porsi solo per la tutela dell'interesse pubblico<sup>88</sup>, non potendo «in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Nel caso delle vaccinazioni obbligatorie, che si rivolgono notoriamente alla popolazione infantile, purtroppo, rileva un altro interesse qual è quello del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non dovessero adempiere ai compiti inerenti alla sua cura<sup>89</sup>. La scelta della limitazione della libertà di cura deve esprimersi secondo un'opzione che non comporti delle scelte che siano *potenzialmente* pregiudizievoli per la salute del minore. La decisione di bilanciare i diversi interessi che rilevano è giocoforza lasciata alla discrezionalità del legislatore che deve procedere, ben inteso, con ragionevolezza. Alla luce della giurisprudenza acquisita da Corte cost., sent. n. [282 del 2002](#), ragionevole è la discrezionalità esercitata alla luce «delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»<sup>90</sup>.

L'obbligo di vaccinazione è una delle ipotesi di profilassi (l'altra è quella incentrata sulla persuasione), che può essere adottata dal legislatore quando le evidenze scientifiche suffragano la realtà del raggiungimento di un sempre più elevato livello di sicurezza. La ragionevolezza scientifica della determinazione legislativa è palesata, nella sentenza della Corte, dalle conclusioni a cui sono giunti diversi istituti e associazioni che sono stati ascoltati nelle aule parlamentari<sup>91</sup> o a cui si può fare comunque affidamento<sup>92</sup>. La Corte non si è sostituita al legislatore con propri dati (continua a non registrarsi alcuna istruttoria formale)<sup>93</sup>, perché ha riconosciuto la correttezza dell'*iter* legislativo “adottato” per la conversione in legge del decreto legge che aveva deciso per l'obbligatorietà delle vaccinazioni, in quanto (e lo stesso vale per la predisposizione del decreto-legge) il legislatore ha ascoltato chi gli ha predisposto le basi scientifiche per adottare la propria decisione e da queste non si è discostato.

I dati scientifici non sono di certo immutabili per cui non si è dinanzi ad una normativa che si pone in termini “assoluti” e quindi “rigidi”, quanto piuttosto ad una disposizione di legge che

---

<sup>88</sup> «Da ciò si desume che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale», così la Corte costituzionale nella sent. n. [307/1990](#), punto 2 *cons. in dir.*

<sup>89</sup> Corte cost., sent. n. [132/1992](#), punto unico *cons. in dir.*

<sup>90</sup> Corte cost., sent. n. [5/2018](#), punto 8.2.1. *cons. in dir.*

<sup>91</sup> Conferenza unificata nella redazione del parere reso «ai sensi dell'articolo 9, comma 3, del decreto legislativo 197, n. 281, sul disegno di legge per la conversione in legge del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale», repertorio atti n. 71/CU del 6 luglio 2017), pronunciandosi quasi all'unanimità (con l'eccezione della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste e della Regione Veneto, appunto)» Corte cost., sent. n. [5/2018](#), punto 8.2.4. *cons. in dir.*

<sup>92</sup> Si v. il CNB nel 2015 (*L'importanza delle vaccinazioni*) ed anche il *Piano Nazionale Prevenzione Vaccinale 2017-2019*, citato nella sentenza. Ed infatti, la Corte assume che entrambi i Comitati «hanno inoltre espresso argomenti e posizioni in linea con le valutazioni presupposte dal d.l. n. 73 del 2017 l'Accademia nazionale dei Lincei (nel rapporto «I Vaccini» del 12 maggio 2017), associazioni scientifiche e professionali (la Società italiana di igiene, medicina preventiva e sanità pubblica; la Società italiana di pediatria; la Federazione italiana dei medici pediatri e la Federazione italiana dei medici di medicina generale), da tempo attive con specifiche pubblicazioni e proposte nel settore della politica vaccinale. Nel corso dell'istruttoria, come pure si è già detto, ha anche manifestato favore per le iniziative delle istituzioni italiane l'OMS, richiamando alcuni dei propri programmi in materia vaccinale (*Global Vaccine Action Plan 2011-2010; Measles and Rubella Global Strategic Plan 2012-2020; European Vaccine Action Plan 2015-2020*)», così Corte cost., sent. n. [5/2018](#), punto 8.2.4. *cons. in dir.*

<sup>93</sup> M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Forum. Le responsabilità nei confronti della scienza*, in [BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 1/2017, 10.

adotta un approccio metodologico “mite” e, quindi, “flessibile”, nella misura in cui il bilanciamento tra l’obbligatorietà della vaccinazione e il principio della autonomia della scelta terapeutica volto a garantire il benessere della collettività non è dato una volta per tutte, ma è riconosciuto come servente alla situazione del «presente contesto»<sup>94</sup>. Quindi, si riconosce che alla luce dello stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche è reso necessario l’intervento cogente degli strumenti della profilassi vaccinale. Ma, per l’appunto, a valle di uno contesto che essendo definito «presente» non si esclude che possa cambiare, al mutare delle condizioni e conseguente riconsiderazione della scelta adottata (*rectius* da adottare) il bilanciamento può sempre essere rivalutato e riconsiderato, in una prospettiva di «valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario»<sup>95</sup>. La volontà di seguire tale dinamicità è palesata dalla disposizione legislativa<sup>96</sup>, che ha previsto un sistema di monitoraggio periodico che può comportare una rivalutazione della scelta adottata e quindi dell’obbligatorietà di alcune vaccinazioni<sup>97</sup>. Anche la previsione di questo elemento di flessibilizzazione salva la ragionevolezza della normativa<sup>98</sup>. Questo può costituire un altro tassello a disposizione della Corte nel *test* che impiega al fine di valutare la genuina espressione della discrezionalità legislativa.

La scienza è, quindi, sia oggetto che parametro. In special modo, il legislatore non può eccedere dal suo potere per non incorrere in una declaratoria d’irragionevolezza, dovendosi rifare (affidandosi) alle evidenze scientifiche così come certificate dagli appositi organismi consultivi del Ministero della Sanità (il Consiglio Superiore di Sanità e l’Istituto Superiore di Sanità). Si è visto che i trattamenti sanitari obbligatori si giustificano nella misura in cui sono volti «non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri»<sup>99</sup>. Avendo tali organismi di settore appurato che la somministrazione “importante” di vaccini (non più quattro, ma ora otto) non procura danni alla salute e che ci si trova in un contesto di allarme per la profilassi vaccinale, il legislatore ragionevolmente può imporre un obbligo di tal sorta garantendo nello stesso tempo la salute del singolo e quella collettiva.

Tutto ciò è stato giudicato dal giudice delle leggi costituzionalmente legittimo.

La Corte – con quest’ultima decisione e pur nella consapevolezza di essere un giudice della norma “generale e astratta” e non del fatto “concreto”<sup>100</sup> – pare aver mosso un passo ulteriore nella configurazione del *test* sul sindacato di ragionevolezza scientifica, dimostrando che non è deferente nei confronti del legislatore quando questi dimostra che formalmente ha valorizzato lo studio scientifico nell’*iter* legislativo, ma che procede con un’analisi attenta circa l’attendibilità delle conclusioni a cui l’organo parlamentare è giunto, arrivando a giudicare come pertinenti le valutazioni e i riscontri fattuali e tecnico-scientifici realizzati e non solo nella misura in cui sono stati effettuati. Certo, per giungere ad una completa “decisione” in tal senso

---

<sup>94</sup> Corte cost., sent. n. [5/2018](#), punto 8.2.5. *cons. in dir.*

<sup>95</sup> Corte cost., sent. n. [5/2018](#), punto 8.2.5. *cons. in dir.*

<sup>96</sup> Si v. l’art. 1, comma 1-*ter* del decreto-legge n. 73 del 2017, convertito con modificazioni dalla l. 31 luglio 2017, n. 119.

<sup>97</sup> Nel caso di specie sono: anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella.

<sup>98</sup> Si ricordi l’importante Corte cost., sent. n. [414/1995](#), punto 4 *Cons. dir.*, con la quale si è avallata la scelta, di cui alla l. n. 578/1993, di determinare la morte del paziente con l’assenza dell’attività cerebrale, facendolo sulle conoscenze disponibili «[a]llo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero»; per l’appunto, il futuro progresso scientifico potrà valutarlo come non più attuale. Si v. anche, seppur il ricorso al tempo è impiegato in modo divergente, Corte cost., sent. n. [85/2013](#), punto 10.2 *cons. in dir.*

<sup>99</sup> Corte cost., sent. n. [307/1990](#), punto 2 *cons. in dir.*

<sup>100</sup> Ampiamente in tema, A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, cit., 1 ss.

la Corte – e sempre in attesa che il legislatore decida di motivare le proprie “decisioni”<sup>101</sup> – dovrà determinarsi nel procedere con l’istruttoria formale (*ex art. 12, Mezzi di prova, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*)<sup>102</sup>, ma per il momento – ancora e anche per fondati dubbi “fattuali” circa l’uso di tale strumento processuale<sup>103</sup> – non si è a ciò determinata, anche per non “auto-costringersi” con detrimento del suo lavoro, che rimane quello della “applicabilità” dei principi costituzionali<sup>104</sup>.

Senza voler accreditare alcuna dottrina scientifica, anzi ammettendo che non esiste neanche una “verità” scientifica<sup>105</sup> – in quanto essa è in *re ipsa* sempre mutabile<sup>106</sup> –, il richiamo “abbondante”<sup>107</sup> da parte della Corte alle evidenze scientifiche – in una decisione motivata più che adeguatamente<sup>108</sup> – serve alla Corte medesima per legittimare<sup>109</sup> (se stessa e) la sua decisione. Tale pronuncia risulta adottata dal giudice delle leggi con l’implicito scopo di essere il più possibile in grado di “convincere” i suoi “lettori” fra i quali rientra a pieno titolo anche il non specialistica (espressione di quella che comunemente viene definita “opinione pubblica”);

---

<sup>101</sup> Così come sostenuto da autorevole dottrina: L. VENTURA, *Motivare le Leggi?*, in ID., *Frammenti costituzionali e disordine politico*, Torino, 2015, 195 ss.; da ultimo, proprio per il caso che ci ha interessato, A. RUGGERI, *Risposta al Forum - Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, cit., 27.

<sup>102</sup> Con tutti i limiti che essa ha: G. D’AMICO, *Scienza e diritto*, cit., 286.

<sup>103</sup> «Da un lato, si pone una certa difficoltà ad individuare i soggetti qualificati a cui chiedere i dati necessari: poiché anche le conoscenze scientifiche e tecniche sono spesso controverse e sono esse stesse oggetto di divergenze di opinioni, nell’acingersi a chiedere informazioni la Corte fatica ad individuare soggetti neutri, disinteressati, non coinvolti nell’esito delle decisioni poste al suo esame. Oppure dovrebbe aprire a sua volta un contraddittorio con diversi soggetti sugli aspetti scientifici e tecnici. Il secondo elemento di freno deriva dal timore che anche la fase di formulazione delle domande che permettano di ottenere un set di dati e di informazioni attendibile e completo ai fini della decisione può presupporre un tipo di conoscenza specifico di cui a loro volta i giudici non sempre dispongono. Infine, 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 attengono all’ambito del biodiritto che presentano delicati risvolti di natura etica», così, autorevolmente, M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale*, cit., 11.

<sup>104</sup> Ancora una volta M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale*, cit., 11, ricorda che «una volta acquisiti i dati sulla [...] bontà [ad esempio di una data terapia], altre considerazioni possono e debbono entrare nel suo giudizio e orientarne la decisione. Questo margine di libertà di giudizio è da preservare anche attraverso il rispetto di forme idonee e procedimenti adeguati per l’acquisizione delle “prove”». Anche per questo, la Corte costituzionale «“utilizza” il progresso scientifico e tecnologico, non come un valore da tutelare a qualsiasi prezzo, né come un fattore esterno alla Costituzione in grado di condizionare sempre il giudizio di costituzionalità. Essa, piuttosto, ne accoglie solo gli esiti reputati “coerenti” con il fondamento assiologico del documento costituzionale ed unicamente in vista di una migliore realizzazione dei valori fondanti il nostro ordinamento», così G. D’AMICO, *Scienza e diritto*, cit., 21.

<sup>105</sup> Cfr. *retro* nota 96. In dottrina si è scritto che vi può esser pure una «palese incapacità della scienza medica di fornire certezze oggettive in materia [acquistando] ancor più valore lo *statuto forte* del diritto, chiamato pertanto a somministrare certezze solo *convenzionali*», così S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, 57, i corsivi sono dell’A.

<sup>106</sup> E ciò è tutelato dagli artt. 9 e 33 della Costituzione.

<sup>107</sup> Tramite istruttoria informale vengono acquisiti importanti documenti che non erano ancora a disposizione neanche del Legislatore: «dopo la comunicazione al pubblico dell’approvazione del medesimo decreto-legge, hanno manifestato favore per l’impostazione di quest’ultimo (chiedendo, anzi, misure più incisive per garantirne l’effettività) quattro associazioni scientifiche e professionali (la Società italiana di igiene, medicina preventiva e sanità pubblica; la Società italiana di pediatria; la Federazione italiana dei medici pediatri e la Federazione italiana dei medici di medicina generale), da tempo attive con specifiche pubblicazioni e proposte nel settore della politica vaccinale», si v. Corte cost., sent. n. [5/2018](#), punto 8.2.3 *cons. in dir.* In dottrina, anche su tale passaggio, si v. A. IANNUZZI, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni*, cit., 89.

<sup>108</sup> Così come dovrebbe sempre procedere la Corte soprattutto quando il tema è così “sensibile” e scientificamente rilevante.

<sup>109</sup> Con l’opportuna precisazione che i valori costituzionali sempre prevalgono sulle conquiste scientifiche: A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione”*, cit., 572. Cfr. E. CHELI, *Op. cit.*, 247; C. CASONATO, *La scienza come parametro*, cit., 8. Cfr. S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 271 ss.

si rileva ciò, con la consapevolezza<sup>110</sup> che la Corte costituzionale è, e rimane, un giudice della costituzionalità e non del “fatto”<sup>111</sup>. La Corte, cioè, è cosciente che l’ultima parola in un ordinamento a Costituzione rigida non può che essere la propria; ed infatti, nella sua giurisprudenza ribadisce con fermezza che il suo sindacato non può arrestarsi nel caso in cui «entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali»<sup>112</sup>, rimanendo ferma la necessità di verificare che la scelta operata dal legislatore non si ponga in contrasto, per l’appunto, con i principi e i diritti fondamentali. La Corte si troverà comunque davanti ad una scelta legislativa a cui è pur sempre affidato il bilanciamento dei beni di rilievo costituzionale<sup>113</sup>, operazione, questa, di cui la scienza non si occupa secondo proprio statuto e metodo.

---

<sup>110</sup> Da ultimo sottolineata con decisione da A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, cit., spec. 21 ss.

<sup>111</sup> Precisazioni in G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius*, cit., 13.

<sup>112</sup> Corte cost., sent. n. [282/2002](#), punto 4 *cons. in dir.*

<sup>113</sup> Che sempre deve essere sindacato dalla Corte per non incorrere nel rischio di “decidere di non decidere” attraverso una pronuncia di inammissibilità, si v. Corte cost., sent. n. [84/2016](#) e quindi *retro* nota 42.