



SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL PROCESSO COSTITUZIONALE DOPO LA RIFORMA DELLE NORME INTEGRATIVE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – 12 NOVEMBRE 2021

ESPERTI ED *AMICI CURIAE*: RIFLESSIONI SUL PROCESSO COSTITUZIONALE
E SULLE TIPOLOGIE DECISIONALI A PARTIRE DALL'ESPERIENZA
TEDESCA*

NANNEREL FIANO**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo dei poteri istruttori attivabili dal *BVerfG*. – 2.1. Gli *amici curiae* (tra Germania e Italia): qualche considerazione sull'istituto. – 2.2. L'audizione di esperti: qualche esempio di rilievo nell'ambito della *Verfassungsbeschwerde*. – 2.2.1. Una decisione controversa: la sentenza adottata il 30 luglio 2008 sul divieto di fumo nei ristoranti del *Land Baden Württemberg*. – 2.3. I limiti all'attivazione dei poteri istruttori nell'ordinamento tedesco tra *konkrete Normenkontrolle* e *abstrakte Normenkontrolle*. – 3. Il *BVerfG* e l'utilizzo dei poteri istruttori nella modulazione degli effetti nel tempo. – 3.1. Il caso “Hartz IV”. – 3.2. Il caso della modulazione degli effetti nel tempo sottesa alla c.d. *Grundsteuer ...* e la conoscenza “contraddittoria” di dati rilevanti in campo economico. – 4. L'impatto dei fatti nella modulazione degli effetti nel tempo nell'ordinamento italiano: un'indagine a partire dalle sentenze di spesa. – 5. L'utilizzo dei poteri istruttori nell'ambito della tecnica del rinvio al legislatore. – 6. I poteri istruttori dopo la riforma delle Norme integrative: il ruolo degli esperti e degli *amici curiae*. – 7. L'A.S. 1952, rubricato “Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza nei giudizi di legittimità costituzionale”. – 8. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Nel presente contributo cercherò di ragionare sulla *modalità* di utilizzo da parte del *Bundesverfassungsgericht* del principio di indagine della verità (cd. *Untersuchungsgrundsatz*), ponendo in evidenza, in un secondo momento, assonanze e

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Ricercatrice a tempo determinato, Università degli Studi di Milano.

divergenze con la dinamica sottesa alla conoscenza dei fatti, dati e informazioni che è propria del Giudice delle leggi italiano.

Tale indagine verrà svolta alla luce dell’acquisizione di dati correlata al deposito delle opinioni degli *amici curiae* e, più ampiamente e più nello specifico, all’utilizzo dell’istituto degli esperti, focalizzando l’attenzione sulla modulazione degli effetti nel tempo e sulla tecnica della c.d. incostituzionalità “prospettata”.

A questo proposito, pare del tutto opportuna una premessa di natura definitoria.

Nell’ordinamento tedesco, ai sensi del § 27 a del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, gli *amici curiae* coincidono con quelle associazioni che hanno la possibilità, in qualità di terzi competenti, di presentare un’opinione su questioni rilevanti ai fini della decisione del *Bundesverfassungsgericht* (d’ora in poi *BVerfG*); con riferimento alla giustizia costituzionale italiana, ai sensi dell’art. 6 delle Norme Integrative, così come modificate dalla Delibera del 22 luglio 2021¹, gli *amici curiae* rientrano nel novero delle formazioni sociali senza scopo di lucro e dei soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità.

Come ha evidenziato la dottrina, possono rientrare nella cerchia di coloro i quali possono depositare un’opinione (e non un atto di intervento, così rimanendo estranei al contraddittorio costituzionale)², le «formazioni sociali senza scopo di lucro», cioè le associazioni di categoria, i sindacati³, i partiti politici, le organizzazioni non governative; ancora, rientrano nel novero dei soggetti portatori di interessi collettivi i Comuni, le Province, i Consigli degli ordini professionali⁴; sarebbero, infine, portatori di interessi diffusi «le associazioni ambientaliste o, anche, quelle rappresentative di utenti o consumatori».

Diversi dagli *amici curiae* sono gli esperti di chiara fama, che sono suscettibili di essere chiamati in una camera di consiglio aperta alle parti «per approfondire questioni complesse con strumenti nuovi e ulteriori rispetto alla disciplina dell’istruttoria»; essi sono previsti all’art. 17 delle N.I.

Gli esperti coprono un ruolo di rilievo ai fini dell’acquisizione di conoscenze da parte del Giudice costituzionale in quanto forniscono informazioni attinenti a discipline specifiche; allo stesso modo, con riferimento all’ordinamento tedesco, anche gli esperti di cui al § 27 a *BVerfGG* arricchiscono il processo decisionale con informazioni di carattere tecnico.

Tanto chiarito, nella prima parte del lavoro soffermerò l’attenzione sulla categoria degli *amici curiae* e, soprattutto, degli esperti nell’ordinamento tedesco, per poi

¹ Le N.I sono state successivamente modificate dalla delibera del 22 luglio 2021, pubblicate nella GU n. 262 del 3 novembre 2021, che ha lasciato nella sostanza pressoché invariata, rispetto alla previa delibera dell’8 gennaio 2020, la disciplina relativa agli *amici curiae* e agli esperti, che più interessano in questa sede.

² Cfr. M. D’AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione Giustizia*, 4/2020, 124.

³ Sul ruolo del sindacato-*amicus curiae* cfr. O. RAZZOLINI, *Amicus curiae e partecipazione delle organizzazioni sindacali al processo costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 514 ss. Per una disamina dell’istituto dell’*amicus curiae* cfr., fra gli altri, M. ESPOSITO, *Note minime sulle ambiguità della figura dell’amicus curiae*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2020, 501 ss. e B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Rivista AIC*, 4/2019.

⁴ Cfr. A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi.it*, 16/2020, 420-421.

analizzare alcune significative pronunce adottate dal *BVerfG* che sono state accompagnate da una previa acquisizione di materiale conoscitivo da parte di terzi esperti.

Nel contesto dell’analisi delle pronunce costituzionali più di rilievo non mancherà un’analisi intorno al rapporto tra il c.d. *Untersuchungsgrundsatz* e la modulazione degli effetti nel tempo, dal momento che l’intreccio appena evidenziato caratterizza parte della giurisprudenza temporalmente manipolativa tedesca, inquadrabile nella forma della tipologia decisionale corrispondente alle *Unvereinbarkeitserklärungen*, che fondano il differimento degli effetti nel tempo della declaratoria di incostituzionalità sul raccordo – efficace – con il legislatore.

Simmetricamente, nel contesto dell’ordinamento italiano, dopo un primo inquadramento della riforma delle N.I sotto l’angolo prospettico dell’introduzione dell’istituto degli *amici curiae* e degli esperti, si indagherà se il Giudice delle leggi, prima e dopo la riforma dell’8 gennaio 2020, abbia adottato decisioni supportate da un’acquisizione “consapevole” dei fatti con riferimento alla tecnica del rinvio al legislatore e alla modulazione degli effetti nel tempo.

2. Il quadro normativo dei poteri istruttori attivabili dal *BVerfG*

Il *BVerfG* si è definito «Herr des Verfahrens»⁵, cioè signore del processo⁶: il governo delle regole del processo costituzionale tedesco emerge con evidenza nell’utilizzo – massiccio – dei poteri istruttori⁷, che trovano la propria fonte nel *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, nella Costituzione⁸, nei regolamenti adottati dal *BVerfG* e nella stessa giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale⁹.

In effetti, per potere svolgere pienamente il proprio ruolo di Custode della Costituzione il *BVerfG* spesso acquisisce dati e informazioni ulteriori rispetto alle

⁵ Cfr. G. REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in G. REPETTO, F. SAIITO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020, 32.

⁶ Come posto in evidenza da D’Amico, il *BVerfG* è anche “signore dell’esecuzione” della decisione: si consideri, in questo senso, i poteri che gli sono stati attribuiti ai sensi del § 35 *BVerfGG*, in M. D’AMICO, N. FIANO, *Tipologia ed effetti delle decisioni del Bundesverfassungsgericht*, in *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, cit., 165.

⁷ Così K. OTTE, *Amicus curiae: Drittbeteiligung ohne Interventionswirkung auch in Deutschland?*, in *DAJV-NL*, 3/1990, 40. Si veda anche C. BARTMANN, *Das Beweisrecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 2020, 292. Emblematiche dell’utilizzo dei poteri istruttori sono le pronunce *BVerfGE* 61, 358, *BVerfGE* 94, 49, *BVerfGE* 133, 168.

⁸ Si pensi, in questo senso, alle norme che fondano lo Stato di diritto (art. 20 par. 3) e i diritti fondamentali del processo (art. 19 par. 4 GG, 101 par. 1 alinea 2 GG e art. 103 par. 1 GG). Non vi sono norme che riconoscono il diritto alle prove nell’ambito del diritto costituzionale processuale. Così C. BARTMANN, *Das Beweisrecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 95-96.

⁹ Sull’esigenza di un maggior grado di trasparenza nella raccolta di prove nel contesto della giustizia costituzionale si veda C. BARTMANN, *Das Beweisrecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 344.

allegazioni delle parti in causa¹⁰ e raccoglie prove con riferimento ai c.d. *legislative facts*¹¹, con riferimento ai quali rileva, del tutto significativamente, il c.d. *C.II Standard*¹².

Le disposizioni del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG)* che disciplinano i poteri istruttori attivabili dal *BVerfG* corrispondono al § 26 *BVerfGG*, che sancisce il menzionato *Untersuchungsgrundsatz*¹³, il § 27 *BVerfGG*, il quale, come menzionato, prevede alla lettera a., quale singolo mezzo di prova l’audizione di “terzi esperti”, il § 28 *BVerfGG*, relativo all’audizione di testimoni¹⁴ e il § 29 *BVerfGG*, sull’assunzione delle prove da parte delle parti del processo principale.

In generale, pertanto, la raccolta di prove davanti al *BVerfG* si svolge, di norma, con tutti i mezzi procedurali volti a chiarire i fatti, come l’esame dei testimoni, l’acquisizione di prove documentali, l’ispezione giudiziaria e le perizie¹⁵.

In particolare, rileva il menzionato § 26 *BVerfGG*, che sancisce, al primo comma, «un principio inquisitorio in materia di prove»¹⁶: secondo la disposizione in commento, «il Bundesverfassungsgericht raccoglie le prove necessarie per indagare la verità»¹⁷.

A tal proposito, si consideri che il Tribunale costituzionale federale pone in essere, anche grazie alla collaborazione con gli altri organi costituzionali, sancita dal § 27 I *BVerfGG*, la ricerca della verità¹⁸.

Come posto in evidenza da attenta dottrina, lo stesso legislatore ha modellato la disciplina dei poteri istruttori del Tribunale costituzionale federale in modo tale da rendere quest’ultimo un vero “signore” dell’istruttoria del proprio giudizio: la dottrina ha fatto specifico riferimento al § 26 *BVerfGG* qualificandolo nel senso di un «Blankoscheck», cioè una disposizione che ha lasciato carta bianca al Tribunale costituzionale in merito alla ricerca della «verità processuale»¹⁹.

¹⁰ N. JANZ, S. RADEMACHER, *Die Last der Begründung - Nachschieben von Gründen und Untersuchungs-grundsatz im Verfassungsprozess*, in *NVwZ*, 2004, 187.

¹¹ Cfr. W. KLUTH, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1999, 3515.

¹² Si tratta del c.d. criterio di proporzionalità.

¹³ Viene definito, sulla scorta di quanto affermato dallo stesso *BVerfG* nella decisione *BVerfGE* 107, 339 “illimitato” da parte della dottrina di Schlaich e Koriath. Cfr. K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2021, München, Rn. 58-60.

¹⁴ Pare interessante rinviare, sul profilo dell’opportunità di audire «come testimoni soggetti esterni agli interessi implicati nella controversia» a P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull’amicus curiae davanti alla Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 1/2019, 121.

¹⁵ K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., Rn. 60.

La scelta del mezzo di prova più adeguato deve essere orientata alla ricerca della verità: cfr. C. BARTMANN, *Das Beweisrecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 296.

¹⁶ Così G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra “modelli” processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall’esperienza tedesca*, in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 306.

¹⁷ Sul grado di vincolatività della disposizione in commento rispetto all’attività del Giudice delle leggi tedesco C. BARTMANN, *Das Beweisrecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 107.

Pare interessante porre in evidenza il fatto che l’obbligo alla ricerca della verità tramite l’utilizzo dei mezzi di prova che si rivelino utili ai fini della decisione si potrebbe fondare sull’effetto vincolante delle pronunce del *BVerfG*. C. BARTMANN, *Das Beweisrecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 109.

¹⁸ Cfr. come sottolineato da M. D’AMICO, *Le incertezze dell’istruttoria nel giudizio costituzionale*, in *Diritto e Società*, 3/2019, 353.

¹⁹ Sul punto di veda M. D’AMICO, *Le incertezze dell’istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit., 354.

2.1. Gli amici curiae (tra Germania e Italia): qualche considerazione sull’istituto

Come si accennava in premessa, nell’ordinamento tedesco l’istituto degli *amici curiae* è disciplinato dal § 27 a *BVerfGG*²⁰, ai sensi del quale «Il Bundesverfassungsgericht può consentire a terzi esperti di presentare le proprie osservazioni».

La menzionata configurazione degli *amici curiae* nella categoria generale – anzi generalissima – dei “terzi esperti” pare di particolare interesse poiché impone di riflettere non solo sul possibile rapporto tra questi ultimi e gli *amici curiae*, ma anche sul loro possibile contributo di natura tecnica.

In effetti, a volere tracciare, con cautela, un parallelismo di natura comparativa, si potrebbe considerare che l’ammissione delle opinioni scritte degli *amici curiae* si pone in linea con l’attrazione – in veste formale²¹ – nel processo costituzionale di conoscenze di carattere *anche* tecnico, in parte non dissimili da quelle che potrebbero porsi a valle dell’audizione di «esperti di chiara fama», pur coincidendo gli *amici curiae* con associazioni senza scopo di lucro portatrici di interessi collettivi e diffusi.

Sembra possano esservi, effettivamente, «situazioni di confine nelle quali la distinzione può risultare problematica»²²; è pur vero, d’altra parte, che i due istituti vanno tenuti distinti e non sono fungibili²³, collocandosi peraltro la figura degli esperti «più propriamente tra i poteri istruttori di titolarità del giudice costituzionale»²⁴.

Quanto appena scritto sul rapporto tra *amici curiae* ed esperti è stato in parte confermato da recente dottrina, secondo cui l’art. 14-*bis* N.I., richiamerebbe «in maniera ancora più profonda il ruolo che la figura dell’*amicus curiae* svolgeva nel processo privato romano ossia il consulente del tribunale»²⁵; inoltre, è stata salutata con favore la

²⁰ K. DIEHL-GLIGOR, *Amici curiae vor deutschen Gerichten - bald Normalität?* in *LTO*, 2021.

²¹ Come è stato segnalato, le opinioni saranno ufficialmente conoscibili solamente se ammesse e «nella misura in cui entreranno a far parte della motivazione della decisione costituzionale». Cfr. A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 435. Sui limitati sforzi motivazionali «in uscita» si veda C. MASCIOTTA, *Il ruolo dell’amicus curiae in alcune recenti decisioni costituzionali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2021, 186.

Sul ruolo informale con cui, prima dell’intervento delle N.I., assumeva rilievo il “materiale esterno”, si veda M. ROMAGNOLI, *The Italian Constitutional Court Opens Up to Hear the Voice of Civil Society*, in *Verfassungsblog*, 2020.

²² Cfr. L. SALVATO, *L’amicus curiae nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il Procuratore Generale della Corte di Cassazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 742.

²³ Cfr. ancora L. SALVATO, *L’amicus curiae nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il Procuratore Generale della Corte di Cassazione*, cit., p. 742. Si veda anche S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più “aperta”: la Consulta ammette le opinioni scritte degli “amici curiae” e l’audizione di esperti di chiara fama*, in *Sistema Penale*, 2020.

²⁴ A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, cit., 436. *Contra* A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, 23-26, secondo il quale, a 23-24, se i poteri istruttori «sono uno strumento per l’assunzione dei mezzi di prova (artt. 12, 13, 14 n.i.), l’audizione degli esperti non è finalizzata a produrre una prova».

²⁵ Si veda, in questo senso, C. DELLA GIUSTINA, *Amicus curiae: dalle origini alle modifiche delle “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 519.

doppia introduzione della «figura dell’*amicus curiae* e dell’intervento di terzi, esterni, in veste di esperti», poiché «le decisioni della Corte vertono spesso, oltretutto su temi giuridici, anche su questioni tecniche come quelle economico-finanziarie o scientifiche»²⁶.

Non solo, gli *amici curiae* assumerebbero un ruolo fondamentale nell’acquisizione di “materiale esterno” nella forma dei *legislative facts* e degli elementi di diritto internazionale e comparato²⁷.

Tanto chiarito, la dottrina tedesca si riferisce ai “terzi esperti” di cui all’art. 27 a *BVerfGG* nel senso di individui che forniscono, solo ed esclusivamente in modo “passivo” e quindi su iniziativa del *BVerfG*, un contributo al giudizio costituzionale²⁸ purché l’apporto di conoscenze risulti utile ai fini della definizione del processo costituzionale²⁹.

Diversamente dall’audizione di esperti, il deposito di memorie da parte di *amici curiae* non pare particolarmente diffuso nella giustizia costituzionale tedesca; tuttavia, il ricorso alle conoscenze derivanti dalle opinioni degli *amici curiae* pare potersi valutare in senso positivo, poiché idoneo a promuovere la formazione di una nuova e dinamica «cultura giuridica»³⁰.

Nel complesso, infatti, le opinioni in questione non solo si pongono in piena armonia con il corretto dispiegamento del c.d. *Untersuchungsgrundsatz*, ma rispondono anche all’esigenza, ben evidenziata da autorevole dottrina, di una protezione giuridica di natura effettiva dei diritti dei singoli, che trova riscontro nel principio dello Stato di diritto³¹.

L’istituto degli *amici curiae* risponde, però, anche all’esigenza di aprire il Tribunale costituzionale alla “società civile”, così da introdurre nel giudizio costituzionale dati e

²⁶ Così R. CARIDÀ, *Notazioni minime su amici curiae ed esperti nel processo costituzionale*, in *Consulta Online*, 2020, 602. In questo senso anche G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittoria*, Napoli, 2021, 220-221. Per un’analisi sulle questioni tecniche in relazione all’attivazione dei poteri istruttori cfr. E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e “questioni tecniche”: i poteri istruttori della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, 2020, 79 ss.

²⁷ M. ROMAGNOLI, *The Italian Constitutional Court Opens Up to Hear the Voice of Civil Society*, cit.

²⁸ Cfr. W. BLANQUETT, C. CASSER, *Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen*, in *Working Paper nr. 10 2016*, www.kj.nomos.de, 2016, 103.

Un esempio di intervento di terzo del tutto significativo è quello dell’audizione che è stata svolta in occasione dell’udienza pubblica dinnanzi al *BVerfG* al fine di acquisire maggiori informazioni in tema di clausola di sbarramento del 5% nell’elezione dei parlamentari europei. Cfr. *BVerfGE* 129, 300 (316).

Altresì significativo è l’intervento dell’UNHCR richiesto dal *BVerfG* nel marzo 2011 nell’ambito di un ricorso diretto in tema di permesso di soggiorno. Cfr. *UNHCR letter to the Federal Constitutional Court of Germany relating to the case 1 BvL 3/11 - Schreiben an das Bundesverfassungsgericht*.

²⁹ Cfr. R. ZUCK, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, in *NVwZ*, 2016, 1135.

³⁰ Così Cfr. W. BLANQUETT, C. CASSER, *Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen*, cit. 105-106. Sul rischio che una simile “cultura” possa porsi in contraddizione con lo Stato di diritto cfr. C. TANI, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale*, in *laCostituzione.info*, 2020.

³¹ R. ZUCK, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, cit., 1135.

informazioni di rilievo in alcuni specifici ambiti del diritto, oltre che garantire la corretta applicazione del principio di proporzionalità, fondamentale non solo nell'ambito della c.d. *Verfassungsbeschwerde* ma anche nell'ambito del giudizio astratto³².

In buona sostanza, verrebbe valorizzato quel pluralismo promosso da Häberle, secondo cui l'arricchimento dell'informazione deve potersi legare all'ampiamiento della partecipazione al processo costituzionale³³.

In effetti, come è stato affermato da recente dottrina, la dialettica *endoprocessuale* innescata dal deposito di memorie scritte da parte degli *amici curiae* e dall'audizione di esperti contribuisce, più che alla "politicizzazione" della Corte e alla sua "degiuridicizzazione"³⁴, al rafforzamento della sua "logica decisionale", diversa e *altra* rispetto a quella «politico-discrezionale dell'organo parlamentare il cui prodotto legislativo è sotto giudizio»³⁵, peraltro di rilievo per l'adozione di «decisioni meglio argomentate»³⁶.

2.2. L'audizione di esperti: qualche esempio di rilievo nell'ambito della *Verfassungsbeschwerde*

Il *BVerfG* ha avuto modo di convocare e audire esperti, oltre che di acquisirne i pareri, in diverse tipologie di giudizio, con l'obiettivo di raccogliere dati su questioni tecnico-scientifiche e specialistiche³⁷.

³² Cfr. R. ZUCK, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, cit., 1134.

³³ P. HÄBERLE, *Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel der Judikatur des BVerfG*, in *Juristenzeitung*, 1976, 382 ss. Sul punto e, nello specifico, sul rapporto tra Corte costituzionale e società civile, si rinvia a A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in AA. VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta Online*, 2020. Ancora, si veda G. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020.

³⁴ Su alcune perplessità legate alla riforma delle N.I si veda P. RIDOLA, "La Corte si apre all'ascolto della società civile", in *Federalismi.it*, editoriale, 2020; si rimanda anche a A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia Insieme*, 24 gennaio 2020.

³⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, *Per un'autentica dialettica alla Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 364, così come richiamato da C. DELLA GIUSTINA, *Amicus curiae: dalle origini alle modifiche delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"*, cit., 3/2020, 520. In questo senso anche A. M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritti Comparati*, 2020.

³⁶ Cfr. T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *Lavoce.info*, 2020.

³⁷ Sull'adeguamento da parte della Corte costituzionale a nuovi contesti si veda R. CARIDÀ, *Notazioni minime su amici curiae ed esperti nel processo costituzionale*, cit., 609. L'acquisizione di pareri dei *sachkundiger Dritter* permette al *BVerfG* di acquisire dati di natura sociale, politica, culturale ed economica. Così K. HABERZETTL, *Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG*, in *NVwZ*, 2015, 30.

Si consideri, inoltre, che talvolta il *BVerfG* fa riferimento ad esperti «informativi», altre volte, invece, si riferisce a «esperti».

In effetti, il modello tedesco presenta «un contraddittorio più articolato, dove le più importanti decisioni sono di solito accompagnate dall’opinione di esperti»³⁸, la cui acquisizione costituisce un’eccezione al principio della raccolta “libera” di prove che contraddistingue il processo costituzionale tedesco³⁹.

Tanto chiarito, rileva l’attivazione di poteri istruttori nell’ambito della c.d. *Verfassungsbeschwerde*⁴⁰ e, in misura minore, nel contesto del giudizio in via incidentale.

Infatti, se con riferimento al ricorso diretto, rimedio di natura eccezionale, il *BVerfG* può integrare le mancanze relative alla (difettosa) allegazione dei fatti da parte delle parti in ragione della specifica funzione dello stesso, cioè quella di tutelare, in via diretta, i diritti dei singoli⁴¹, nel caso della c.d. *konkrete Normenkontrolle* il *BVerfG* è tenuto a rispettare il principio del c.d. chiesto e pronunciato (cfr. par. 2.3), muovendosi entro il tracciato “fattuale” enucleato dal giudice *a quo*.

Significativa è la sentenza sull’omosessualità maschile del 10 maggio 1957⁴², ove, in seguito all’audizione di alcuni medici, psicologi, sociologi e della polizia criminale, il *BVerfG* ha ritenuto di rigettare i ricorsi individuali proposti nei confronti della sentenza adottata dal Tribunale distrettuale di Amburgo il 2 febbraio 1952, con cui il primo ricorrente era stato condannato, ai sensi del § 175 *Strafgesetzbuch* (*StGB*), alla pena detentiva di un anno e otto mesi per avere intrattenuto continuativamente rapporti sessuali con uomini e, ai sensi del § 175 a n. 3 *StGB*, per il reato di avere tentato di intrattenere rapporti sessuali aggravati⁴³ con persone di sesso maschile.

Similmente, il secondo ricorrente era stato condannato dal medesimo Tribunale per avere intrattenuto rapporti sessuali aggravati con persone di sesso maschile ai sensi del § 175 a n. 3 *StGB*, per il reato di favoreggiamento dei rapporti sessuali ai sensi dei §§ 175 a n. 3, 49 *StGB* e per avere avuto rapporti sessuali con una persona di sesso maschile ai sensi del § 175 *StGB*.

Secondo i ricorrenti, le disposizioni in base alle quali erano stati condannati non solo non potevano più essere dotate di efficacia poiché entrate in vigore durante il nazionalsocialismo, ma, in subordine, poiché contrarie agli artt. 2 e 3 *GG*⁴⁴, che sanciscono, rispettivamente, il diritto al libero sviluppo della propria personalità e il principio di non discriminazione.

³⁸ Così M. D’AMICO, *Gli amici curiae*, cit., 130.

³⁹ Così C. BARTMANN, *Das Beweisrecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 310.

⁴⁰ In questo senso cfr. G. REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, cit., 308. Si segnala la c.d. *Apotheken Urteil* (*BVerfGE* 7, 377).

⁴¹ Cfr. R. ZUCK, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, cit., 1133. Nel caso delle *Urteilsverfassungsbeschwerden*, però, il Custode delle leggi tedesco basa il proprio giudizio sulle conclusioni raggiunte delle altre Corti. Cfr. K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, 2015, Rn. 60. *Contra*, sempre con riferimento alla *Urteilsverfassungsbeschwerde*, la tesi di K. HABERZETTL, *Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG*, cit., 30, secondo il quale talvolta, anche se raramente, il *BVerfG* corregge o verifica le risultanze fattuali dei giudici *a quibus*.

⁴² *BVerfGE* 6, 389. Per un commento si veda N. DRÖNNER, *Das “Homosexuellen-Urteil” des Bundesverfassungsgerichts aus rechtspolitischer Perspektive*, Tübingen, 2020, 2.

⁴³ Così il testo letterale della norma oggetto del ricorso individuale.

⁴⁴ Cfr. *BVerfGE* 6, 389, Rn. 30.

Infatti, secondo i ricorrenti, le relazioni sessuali tra uomini non violavano un interesse pubblico; inoltre, si ponevano in contrasto anche con l'art. 3, comma 2⁴⁵ e 3⁴⁶ GG, in quanto le relazioni sessuali tra donne, al contrario di quelle tra uomini, non erano configurabili come reato.

Il Giudice delle leggi tedesco decise di non accogliere i ricorsi poiché non era possibile stabilire con certezza, rispetto al bene giuridico corrispondente all'interesse pubblico, l'opportunità dell'assenza della previsione di una pena nei confronti dell'attività omosessuale maschile.

Nella pronuncia è espressamente indicata la raccolta di dati e informazioni di natura tecnica «in vista della preparazione dell'udienza pubblica»; inoltre, il *BVerfG* si è premurato di riportare le risultanze degli esperti che avevano risposto a domande sulla differenza di libido tra omosessualità maschile e femminile, sulla minaccia alla società rappresentata dall'omosessualità maschile e femminile e sulla prostituzione omosessuale.

In definitiva, alla luce delle risposte fornite dagli esperti, il *BVerfG* ha avuto modo di affermare che le disposizioni penali contro l'omosessualità maschile, di cui ai §§ 175 e ss. *StGB*, non violavano il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 2 e comma 3 GG.

Inoltre, secondo il *BVerfG*, le disposizioni del codice penale oggetto dei ricorsi individuali non avrebbero leso il diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità, di cui all'art. 2 GG, poiché l'attività omosessuale risultava lesiva della legge morale e, soprattutto, poiché non vi era la possibilità di stabilire con chiarezza se la mancata punizione della stessa avrebbe coinciso con il pubblico interesse.

Allo stesso modo, sempre nel contesto della c.d. *Verfassungsbeschwerde*, hanno svolto un ruolo di rilievo gli esperti nella sentenza sul velo del 2003⁴⁷.

In tale pronuncia, il *BVerfG* ha accolto il ricorso avverso la pronuncia adottata dall'autorità scolastica del *Land Baden-Württemberg*, e successivamente confermata dai Tribunali amministrativi del *Land*, che precludeva la possibilità di insegnare indossando il velo.

In base alla ricerca effettuata dal Dott. Karakasoglu, in cui erano state raccolte venticinque testimonianze sulle ragioni legate alla percepita esigenza di indossare il velo da parte di giovani studentesse⁴⁸, il *BVerfG* aveva dichiarato che il fatto stesso di indossare il velo non andava a coincidere con una forma di emarginazione sociale della donna (*BVefGE* 108, 282 (304)), ma, anzi, che esso andava a costituire una forma di garanzia del libero sviluppo della personalità.

Allo stesso tempo, alla luce delle dichiarazioni del Prof. Bliesener, il quale è stato ascoltato nel corso dell'udienza pubblica, non vi era nessuna prova o conoscenza certa rispetto all'influenza (negativa) che il velo avrebbe potuto esercitare sugli studenti⁴⁹.

⁴⁵ «*Männer und Frauen sind gleichberechtigt*» («Gli uomini e le donne hanno pari diritti»).

⁴⁶ «*Niemand darf wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden*» («Nessuno può essere discriminato o favorito per il suo sesso»).

⁴⁷ Si veda anche M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit., 359-360.

⁴⁸ *BVefGE* 108, 282, Rn. 52.

⁴⁹ Cfr. *BVefGE* 108, 282, Rn. 56.

La decisione di accoglimento da parte del *BVerfG*, in buona sostanza, si spiega in ragione di una approfondita e dettagliata indagine istruttoria⁵⁰, ove gli esperti hanno fornito dati di rilievo ai fini dell'assunzione della decisione.

2.2.1. Una decisione controversa: la sentenza adottata il 30 luglio 2008 sul divieto di fumo nei ristoranti del Land Baden Württemberg

Una pronuncia peculiare, adottata sempre nell'ambito della *Verfassungsbeschwerde*, è rappresentata dalla *BVerfGE* 121, 317 del 30 luglio 2008 sul divieto di fumo nei luoghi pubblici.

In quell'occasione, il Giudice di Karlsruhe è stato chiamato a decidere su due leggi del Land Berlino e *Baden-Württemberg* che avevano vietato il fumo nei luoghi pubblici, compresi bar e ristoranti.

Alla luce di una relazione dell'Agenzia Federale per le Statistiche, le entrate economiche dei locali dei *Länder* nei quali, di fatto, erano state applicate le norme che vietavano il fumo, erano inferiori rispetto a quelle degli altri *Länder*⁵¹; per tale ragione, il *BVerfG* si era pronunciato a favore dell'illegittimità costituzionale delle norme «nella misura in cui imponevano un divieto assoluto di fumo»⁵², anche alla luce della considerazione per cui non era possibile fondare con certezza la decisione su dati univoci legati al livello di nocività del fumo passivo⁵³.

Nel caso di specie, l'utilizzo dei dati acquisiti è stato fortemente criticato per due ragioni.

In primo luogo, in quanto il *BVerfG* non avrebbe considerato le evidenze scientifiche offerte dagli esperti sul rischio di morte dovuto al fumo passivo⁵⁴; in secondo luogo, in quanto i numeri considerati dal *BVerfG* non si riferivano ad un «arco temporale sufficientemente ampio» e le norme antifumo, in realtà, pesavano marginalmente sulle finanze dei locali interessati dal divieto⁵⁵.

⁵⁰ «In the oral hearing, the complainant and her attorney, and the Land Baden-Württemberg (Stuttgart Higher School Authority), represented by Professor Dr. F. Kirchhof, amended and extended their written submissions. The following expert witnesses were heard: Dr. Karakasoglu, Essen, on the reasons why young Muslim girls and women in Germany wear a headscarf; Professor Dr. Riedesser, Hamburg, Professor Dr. Bliesener, Kiel, and Ms Leinenbach, Director of the Psychological Department (Stuttgart Higher School Authority) on questions of a possible influence on children of primary school and non-selective secondary school age from the point of view of child and developmental psychology».

Così *BVerfGE* 108, 282, Rn. 28.

⁵¹ Cfr. G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Università degli Studi di Milano, 2020, 27.

⁵² Cfr. G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 28.

⁵³ Il *BVerfG* ha statuito l'impossibilità di prendere una decisione sul fumo passivo nonostante avesse letto, oltre che riportato nella stessa pronuncia, lo studio pubblicato dal centro di ricerca tedesco sui tumori del 2005.

⁵⁴ Molto critica è la tesi di Brink. Cfr. S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, in H. RENSEN, S. BRINK (a cura di), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern*, Berlin, 2009, 26.

⁵⁵ G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 28.

A commento di tale vicenda “istruttoria” è forse possibile affermare che la modalità di utilizzo da parte del *BVerfG* dei dati tecnico-scientifici acquisiti si sia colorata di un certo grado di problematicità, nonostante la possibilità di controllare – in veste formale – le fonti utilizzate dal Tribunale costituzionale federale⁵⁶.

2.3. I limiti all’attivazione dei poteri istruttori nell’ordinamento tedesco tra konkrete Normenkontrolle e abstrakte Normenkontrolle

Nonostante il *BVerfG* faccia ricorso, soprattutto nel caso in cui siano in gioco i diritti fondamentali, all’audizione o all’acquisizione di pareri da parte di esperti, in alcune tipologie di giudizio i poteri istruttori che si sostanziano nel ricorso a conoscenze tecniche non sono utilizzati di frequente.

Quanto appena scritto permette di introdurre uno dei due “limiti” strutturali relativi all’attivazione da parte del *BVerfG* dei poteri istruttori.

In primo luogo, nell’ambito del giudizio in via incidentale (*konkrete Normenkontrolle*), la conoscenza dei fatti non assume rilievo, ove invece assume importanza la ricostruzione degli stessi da parte del giudice *a quo*⁵⁷, atteso che, come ha avuto modo di affermare lo stesso Tribunale costituzionale federale nella *BVerfGE* 17, 135, al Custode della Costituzione spetta il – precipuo – compito di decidere sulle questioni di legittimità costituzionale⁵⁸.

Pare interessante notare che nella pronuncia in questione il Tribunale costituzionale federale ha calato il § 26 *BVerfGG* nel contesto del giudizio in via incidentale, governato dall’art. 100, comma 1, *GG*⁵⁹, affermando che la prima disposizione deve potersi interpretare in modo *ragionevole*, cioè in senso aderente alla *ratio* che plasma il giudizio in via incidentale.

Come sostenuto in dottrina, infatti, nel giudizio in via incidentale il *BVerfG* si muoverebbe su un terreno «già preparato»⁶⁰: è la stessa ordinanza di rimessione che deve

⁵⁶ Sulle problematicità legate all’acquisizione di dati nella veste “informale” e quindi sull’impossibilità di conoscere le fonti dei dati acquisiti cfr. A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa della prassi*, cit., 20; allo stesso modo, si veda G. P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 2021, 8-13.

⁵⁷ S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 15.

⁵⁸ Così Cfr. *BVerfGE* 17, 135 (138 ss), come posto in evidenza da M. JAESTEDT, O. LEPSIUS, C. SCHRÖNBERGER, C. MÖLLERS, *The German Federal Constitutional Court: The Court without limits*, Oxford, 2020, 96. La tesi in commento è stata di recente confermata da K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., Rn. 58-60, secondo i quali, nei casi di specie, le possibilità di cui al § 26 *BVerfGG* rimangono “inutilizzate”.

⁵⁹ «Se un tribunale considera incostituzionale una legge la cui validità è rilevante per la decisione, il procedimento viene sospeso e, se si tratta della violazione della costituzione di un Land, si ottiene la decisione del tribunale del Land competente per le controversie costituzionali, se si tratta della violazione della presente Legge fondamentale, la decisione della Corte costituzionale federale. Questo vale anche se si tratta della violazione della presente Legge fondamentale da parte della legge del Land o dell’incompatibilità di una legge del Land con una legge federale».

⁶⁰ In questo senso S. S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit, 27, che fa esplicito riferimento alla tipologia di giudizio della *Urteilsverfassungsbeschwerde*, simile, quanto al rapporto tra Giudice delle leggi e giudice *a quo*, alla c.d. *konkrete Normenkontrolle*.

contenere i c.d. «Tatsachenmaterials», i dati di fatto su cui poi il Giudice delle leggi tedesco può fondare la propria decisione.

In questo senso sembra possibile affermare che l'autonoma ricerca della verità sconta il limite dell'impostazione dei fatti così come tracciata nella c.d. *Richtervorlage*, l'ordinanza di rimessione.

Secondo attenta dottrina, il fondamento normativo di una simile “delega” sarebbe ravvisabile nel § 33 par. 2 *BVerfGG*⁶¹, ai sensi del quale «La Corte costituzionale federale può basare la sua decisione sugli accertamenti di fatto contenuti in una sentenza definitiva che è stata pronunciata in un procedimento in cui la verità deve essere indagata d'ufficio».

In generale, tuttavia, il *BVerfG* deve determinare autonomamente i fatti rilevanti per la decisione ed è tenuto a raccogliere le prove necessarie in senso conforme a quanto disposto dalla normativa rilevante⁶².

Quanto appena posto in evidenza pare interessante se si considera che il Giudice delle leggi tedesco talvolta non attiva correttamente i propri poteri istruttori, come nel caso posto in evidenza nel par. 2.2.1, dando così luogo ad un paradosso: all'esigenza di una corretta impostazione dei fatti da parte del giudice a *quo* nell'ambito del giudizio in via incidentale si contrappone, talvolta, una scarsa indagine sui fatti da parte del Tribunale costituzionale.

Infine, la ragione di una simile strutturazione del rapporto tra *BVerfG* e giudice *a quo* nella *konkrete Normenkontrolle* consiste nella peculiare configurazione del giudizio incidentale tedesco, progettato «come la manifestazione di una vera e propria censura da parte del giudice nei confronti della legge [...] con la conseguenza che la deduzione di elementi probatori e di fatto a supporto dell'incostituzionalità della norma di legge spetta direttamente al giudice ricorrente»⁶³.

Tanto chiarito, con riferimento al controllo astratto, il c.d. *abstrakte Normenkontrolle*, il *BVerfG* procede alla conoscenza dei fatti senza essere in alcun modo legato alle risultanze fattuali degli altri organi costituzionali, tra i quali rileva, *in primis*, il legislatore⁶⁴, così operando un esame dettagliato delle previsioni e delle prognosi legislative (*gesetzgeberische Prognosen*)⁶⁵.

Non raramente, infatti, il *BVerfG* è tenuto a colmare lacune presenti nella determinazione dei fatti da parte del legislatore, assumendo, quanto al metodo e alle procedure, veste “legislativa”⁶⁶.

Nella tipologia di giudizio in questione, sul piano dogmatico, l'oggetto dell'indagine istruttoria è rappresentata dalle circostanze di natura sociale o economica

⁶¹ C. BARTMANN, *Das Beweisrecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 142.

⁶² Si veda ancora C. BARTMANN, *Das Beweisrecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 347.

⁶³ Così G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra “modelli” processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, cit., 307.

⁶⁴ Del tutto significativa è la sentenza *BVerfGE* 39,1 adottata nel 1975 in tema di interruzione volontaria di gravidanza. Cfr. S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 14.

⁶⁵ Così K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., Rn. 60.

⁶⁶ W. KLUTH, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 3515. In generale, la dottrina tedesca ha evidenziato che l'assenza di regole nell'indagine della verità rischia di compromettere il principio di separazione tra poteri. Cfr. K. HABERZETTL, *Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG*, cit., 31.

che si sono poste a fondamento della decisione politico-legislativa⁶⁷, e che si riferiscono, necessariamente, ad una classe di persone o cose⁶⁸.

In letteratura è stato evidenziato che l'accertamento dei fatti posti dal legislatore a fondamento della propria decisione politica costituisce un aspetto centrale e strutturale del controllo di legittimità costituzionale⁶⁹.

Al fine di bilanciare l'esigenza di sindacato appena posta in evidenza con quella di rispettare la sfera discrezionale del legislatore, nell'ottica del rispetto del principio della separazione tra poteri⁷⁰, l'invasione da parte del *BVerfG* nel campo degli accertamenti fattuali posti in essere dal Parlamento può considerarsi del tutto (costituzionalmente) legittima nel caso in cui non sia possibile identificare alcuna base fattuale rispetto alla misura legislativa adottata⁷¹.

In realtà, a ben vedere, anche la discrezionalità del legislatore costituisce un limite al dispiegamento dei poteri istruttori da parte del *BVerfG*, poiché spesso il sindacato sugli accertamenti fattuali svolti dal Parlamento viene sostituito da un sindacato sulla competenza (ci si riferisce alle c.d. *Kompetenzfragen*)⁷².

In definitiva, sul terreno del sindacato sui c.d. *legislative facts* è possibile registrare un rapporto di contrasto tra legislatore e *BVerfG*, tanto è vero che nell'ambito della sesta legislatura è stata depositata una proposta di legge da parte dell'On. Dichans, finalizzata a introdurre un § 26a nella legge sul funzionamento della Corte costituzionale federale così da prevedere un vincolo da parte del *BVerfG* alle constatazioni di fatto e alle prognosi del legislatore⁷³.

Ebbene, la proposta di legge in questione non è mai stata approvata in ragione delle critiche avanzate sul rischio che l'indipendenza del *BVerfG*, nella ricerca e nella determinazione dei fatti, venisse meno, così indebolendo il ruolo del Custode delle leggi e subordinandolo alle prospettazioni del legislatore⁷⁴.

Infine, per rendere configurabile ed efficace il *test* di proporzionalità che svolge il *BVerfG* nel giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi, il legislatore è tenuto a corredare le scelte legislative con «dati verificabili sui propri scopi e mezzi»⁷⁵ e tali dati devono potere essere verificabili.

⁶⁷ S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 12.

⁶⁸ Ancora, si veda S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 12.

⁶⁹ Così si è espresso F. OSSENBÜHL, *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, in "Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlass d. 25 jährigen Bestehens d. Bundesverfassungsgericht", Tübingen, 1976, 469.

Quanto appena scritto è confermato dalla *BVerfGE* 110, 141, Rn. 116 sui cani da combattimento.

⁷⁰ Così K. HABERZETTL, *Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG*, cit., 30.

⁷¹ S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 13.

⁷² Così ancora S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 14.

⁷³ W. KLUTH, *Beweiserhebung und Beweismäßigkeit durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 3515.

⁷⁴ Così W. KLUTH, *Beweiserhebung und Beweismäßigkeit durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 3515.

⁷⁵ M. JAESTEDT, O. LEPSIUS, C. SCHRÖNBERGER, C. MÖLLERS, *The German Federal Constitutional Court: The Court without limits*, cit., 97. Per una recente indagine sulla *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* si veda G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 6-7.

Tuttavia, a tale petizione di principio corroborata da Arndt, secondo il quale «il *Bundesverfassungsgericht* afferma la propria competenza nel ricercare in modo autonomo la verità laddove risulti necessaria per una decisione affidabile e consapevole, ai fini della tutela della tutela della Costituzione»⁷⁶, si accompagna un certo grado di difficoltà nel reperimento dei fatti.

La dottrina, a questo proposito, fa riferimento ad un «trouble fact-finding»⁷⁷, soprattutto rispetto ai casi riguardanti la violazione della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 5 GG, ove il contesto di riferimento assume un ruolo fondamentale.

Proprio perché i fatti assumono un ruolo fondamentale nell'ambito della giustizia costituzionale tedesca ai fini dello svolgimento del c.d. *proportionality test*, il Giudice delle leggi esige chiarezza nell'evidenziazione dei mezzi e delle finalità delle leggi, così da potere operare un «controllo di adeguatezza di un *mezzo*, il prescelto tra diversi possibili, rispetto ad uno *scopo*»⁷⁸.

3. Il BVerfG e l'utilizzo dei poteri istruttori nella modulazione degli effetti nel tempo

Tanto chiarito, nella seconda parte del presente lavoro si indagherà la relazione esistente tra i poteri istruttori e la modulazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo, considerando, in un primo momento, l'esperienza tedesca, sotto alcuni aspetti non dissimile da quella italiana.

3.1. Il caso “Hartz IV”

Nella pronuncia *Hartz IV*⁷⁹ il BVerfG ha applicato il test di proporzionalità per poi operare un rinvio al legislatore.

Come si vedrà, dall'analisi della pronuncia in questione è possibile porre in evidenza come, in generale, la necessità di conoscere dati e fatti non sia determinata dall'«allargamento del contraddittorio nel giudizio costituzionale, ma da una prospettiva di razionalizzazione del sistema di produzione legislativa considerato nel suo complesso»⁸⁰.

⁷⁶ Così NJW 1962, 783 ff. (785).

⁷⁷ M. JAESTEDT, O. LEPSIUS, C. SCHRÖNBERGER, C. MÖLLERS, *The German Federal Constitutional Court: The Court without limits*, cit., 96.

⁷⁸ Così Ragone, nella descrizione del *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. Cfr. G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 6.

⁷⁹ BVerfGE 125, 175.

⁸⁰ Si tratta di una riflessione di G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra “modelli” processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 310.

Sotto quest’angolo prospettico, chi scrive intende indagare sul rilievo che la discrezionalità legislativa ha assunto nell’indagine istruttoria svolta dal *BVerfG* e, in un secondo momento, nell’adozione della tipologia decisionale.

Come si vedrà, infatti, il rilievo della discrezionalità legislativa si è mossa su due piani, facendo optare il Tribunale costituzionale federale per una *Unvereinbarkeitserklärung*.

Nel caso di specie, nell’ambito di un giudizio in via incidentale, il Tribunale costituzionale ha valutato la correttezza dei dati acquisiti dal Parlamento ai fini dell’approvazione della legge sull’assegno di disoccupazione: il legislatore non aveva procedimentalizzato la determinazione delle prestazioni necessarie a garantire un livello minimo di sussistenza dignitoso che potesse porsi in linea con i bisogni effettivi dei beneficiari dell’assegno di disoccupazione⁸¹.

Per individuare la corretta portata dei fatti posti a fondamento della norma, il legislatore avrebbe dovuto valutare tutte le spese necessarie alla sussistenza nel contesto di una procedura trasparente e adeguata, in modo realistico e comprensibile, sulla base di cifre affidabili e procedure di calcolo di per sé concludenti.

A tal proposito, pare di rilievo il passaggio in cui il *BVerfG* afferma come, a causa del potere discrezionale del Parlamento, il Tribunale costituzionale federale non sia «autorizzato a determinare un importo specifico di prestazioni sulla base delle proprie valutazioni e accertamenti», e che, pertanto, «le norme incostituzionali rimangono applicabili fino a quando una nuova legge venga approvata dal legislatore»⁸².

In buona sostanza, a fronte dell’analisi dei fatti che hanno condotto il Parlamento ad approvare la legge sull’assegno per la disoccupazione, il *BVerfG* si è arrestato dinnanzi alla discrezionalità legislativa, lasciando spazio alla modulazione degli effetti nel tempo e prevedendo l’applicabilità della norma fino al futuro intervento legislativo, così adottando una *Unvereinbarkeitserklärung* integrata dalla c.d. *weitere Anwendbarkeit* (la continua applicazione) della norma dichiarata incompatibile.

Il Tribunale costituzionale federale, quindi, ha indagato sullo scopo e sui mezzi correlati alla legge oggetto del giudizio per rilevarne l’illegittimità costituzionale, da riparare “congiuntamente” con il legislatore.

3.2. Il caso della modulazione degli effetti nel tempo sottesa alla c.d. Grundsteuer ... e la conoscenza “contraddittoria” di dati rilevanti in campo economico

Come già rilevato dalla dottrina⁸³, in occasione dell’adozione della pronuncia sulla *Grundsteuer*, il *BVerfG* ha avuto modo di affermare, alla luce dell’analisi di dati ufficiali e nel giustificare la scelta di una pronuncia di incompatibilità al posto di una secca

⁸¹ In via analoga, si consideri la pronuncia *BVerfGE* 130, 263 (301) in tema di stipendi pubblici, in occasione della quale il *BVerfG* ha affermato come la giustificazione del *quantum* debba risultare in modo chiaro ed evidente dall’*iter* legislativo.

⁸² *BVerfGE* 125, 175.

⁸³ Per un *focus* interessante sulla materia finanziaria e, nello specifico, sulla sentenza sulla c.d. *Grundsteuer* si veda M. D’AMICO, *Le incertezze dell’istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit., 361.

declaratoria di incostituzionalità sulla tassa immobiliare, che quest'ultima rappresentava, con un fatturato annuo compreso tra i 13 e i 14 miliardi di euro, la terza fonte d'imposta al netto dell'imposta sulle attività produttive e dell'imposta comunale sul reddito (Ministero federale delle finanze, Raccolta dati sulla politica fiscale, edizione 2016/2017, pag. 15; Ufficio federale di statistica...) ⁸⁴.

Per tale ragione economica il *BVerfG* ha ritenuto di differire gli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo, prevedendo di salvaguardare le finanze pubbliche mediante l'ordine di applicazione della norma incostituzionale fino al futuro intervento di riforma da parte del legislatore.

Inoltre, la rilevanza economica della legge dichiarata incompatibile ha portato il *BVerfG* a prevedere un doppio termine di intervento in capo al legislatore: non è raro che il Tribunale costituzionale federale adotti pronunce di incompatibilità nella materia economico-tributaria ⁸⁵, pur rappresentando la previsione di un doppio *Frist* un'eccezione nel panorama della giurisprudenza temporalmente manipolativa tedesca.

Eppure, i calcoli effettuati dal *BVerfG* non sembrano (sempre) porsi a fondamento di una modulazione degli effetti nel tempo coerente, soprattutto nella materia appena menzionata, similmente a quanto accaduto nell'ordinamento italiano con riferimento alle sentt. nn. 10 del 2015 e 178 del 2015.

A questo proposito, si consideri che, in occasione della *BVerfGE*, 2 BvL 1/07 del 9 dicembre 2008 sull'*Einkommensteuergesetz*, il *BVerfG* ha adottato una pronuncia di incompatibilità nella materia economico-tributaria dotata di efficacia *ex tunc*, quando i costi derivanti dall'adozione di tale tipologia decisionale ammontavano a 2.530 milioni di euro; del tutto sorprendentemente, invece, nel caso dell'adozione della *BVerfG*, 1 BvL 21/12 del 17 dicembre 2014 sulla tassa di successione, il *BVerfG* ha optato, per tutelare le esigenze di una finanza e di un bilancio affidabile, per un'efficacia solamente proattiva ⁸⁶, e ciò quando la somma dei tributi che sarebbero dovuti essere stati restituiti a titolo di indebito ammontava, di fatto, a 1.779 milioni di euro.

4. L'impatto dei fatti nella modulazione degli effetti nel tempo nell'ordinamento italiano: un'indagine a partire dalle sentenze di spesa

È stato scritto che la libertà della dottrina nell'analisi del processo costituzionale non può "tradursi, in nome della fedeltà ed astratte purezze, in spensierata trascuratezza

⁸⁴ Per un commento alla pronuncia si permetta di rinviare a N. FIANO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'arte di differire gli effetti "finanziari" delle proprie decisioni nel tempo: riflessioni sull'ordine di applicazione della norma incostituzionale alla luce della recente sentenza sulla Grundsteuer*, in *Federalismi.it*, 23/2018.

⁸⁵ Si veda, sul punto, R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, in *NJW*, 1996.

⁸⁶ M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, Köln, 2014, 2083.

dei problemi che un collegio di giudici deve affrontare quando è chiamata a decidere, *con effetti di sistema*⁸⁷, sulla costituzionalità delle leggi”⁸⁸.

Nonostante il Giudice delle leggi operi da tempo una flessibilizzazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, tuttavia, come segnalato, «nell’esperienza costituzionale italiana è difficile rintracciare o rinvenire elementi di analisi che muovono dalla nozione di *impatto ordinamentale* con riferimento alla giurisprudenza costituzionale»⁸⁹.

Eppure, l’utilizzo della strumentazione temporalmente manipolativa da parte del Giudice costituzionale costituisce proprio il punto di arrivo di un preciso e dettagliato ragionamento – consistente, nei fatti, in un bilanciamento – intorno alle conseguenze derivanti dall’impatto della pronuncia, ed è nel perimetro tracciato dal giudizio in via incidentale⁹⁰ che si è posto il problema della «possibilità o necessità per la Corte costituzionale di valutare l’impatto della dichiarazione d’illegittimità costituzionale al fine di definire il contenuto normativo delle proprie pronunce o, meglio, di scegliere *tipo e forma del decisum* e delle *motivazioni* della decisione»⁹¹.

A tal proposito, si osserva che l’impatto della pronuncia è idonea a modellare non solo gli effetti delle sentenze di accoglimento, ma anche le stesse pronunce della Corte, così come il relativo ruolo⁹².

Non si può non considerare, in questo senso, quanto autorevolmente affermato da Pizzorusso, il quale aveva sostenuto che la valutazione dell’impatto politico – costituzionale delle pronunce del Giudice delle leggi costituisse una «valutazione preliminare indispensabile per un organo come la Corte che non è solo un giudice, ma è anche un organo costituzionale. Tanto più necessaria, poi, quanto più è fluido e non stabilizzato il sistema politico»⁹³.

Tanto chiarito, così come nella giustizia costituzionale tedesca, anche in quella italiana il tema dei poteri istruttori si intreccia con quello della modulazione dell’efficacia

⁸⁷ Corsivo di chi scrive. Si veda in questo senso la nota sent. n. 317 del 2009, in cui il Giudice delle leggi ha affermato che «[q]ualunque decisione di accoglimento produce effetti sistemici; questa Corte non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale», al cons. in dir. n. 9.

⁸⁸ Cfr., del tutto significativamente, N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 16.

⁸⁹ E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 401.

⁹⁰ Sulla problematica legata alla recisione del nesso di incidentalità nel contesto della modulazione degli effetti nel tempo si veda, fra tutti, M. D’AMICO, *La Corte e l’applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, 2 ss.

⁹¹ Cfr. E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, cit., 404. Per una disamina sul rapporto tra anacronismo legislativo e gli oneri finanziari cfr. G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 45-57.

⁹² E. CAVASINO, *L’impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, cit., 405. Amplius T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Università degli Studi di Siena, 1997, 18.

⁹³ Cfr. S. PANUNZIO, *Qualche riflessione sulla “elasticità” delle regole procedurali nel processo costituzionale*, in AA. VV., *Giudizio ‘a quo’ e promovimento del processo costituzionale. Atti del Seminario (Roma, 13-14 novembre 1989)*, Milano, 1990, 260.

delle pronunce rispetto agli “effetti finanziari” delle pronunce di illegittimità costituzionale.

Ebbene, ciò che accomuna la sent. n. 10 del 2015⁹⁴ e la sent. n. 70 del 2015 è proprio l’assenza del previo utilizzo dei poteri istruttori da parte della Corte costituzionale, che, invero, si sarebbe dovuto rendere ancora più necessario a fronte dell’entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2012, la quale, nel modificare l’art. 81 Cost., ha riaffermato il rispetto dei principi di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico⁹⁵.

Con riferimento al periodo antecedente alla recente modifica delle N.I, il rischio dell’assenza di qualsivoglia utilizzo dei formali poteri istruttori poteva essere rappresentato dal fatto che il Giudice delle leggi potesse nascondersi «dietro il differimento degli effetti retroattivi del proprio accoglimento»⁹⁶.

Ad oggi, invece, la possibilità da parte della Corte costituzionale di acquisire, formalmente e alla luce di norme positivizzate, conoscenze utili per la decisione del processo costituzionale, permetterà alla stessa di citare “le cognizioni tecniche acquisite, con ciò facendo segnare un indubbio passo in avanti sia in termini di terzietà e di indipendenza della Corte sia nella direzione di assicurare la legittimazione scientifica”⁹⁷ delle sue pronunce.

Un caso peculiare (forse isolato) è rappresentato, oltre che dalla sent. n. 1 del 1991, anche dalla sent. n. 188 del 2016, in occasione della quale la Corte costituzionale ha adottato i propri poteri istruttori, così consentendole «di uscire dall’*impasse* dell’incostituzionalità accertata ma non dichiarata»⁹⁸.

Si tratta, forse, delle due decisioni che più hanno rivitalizzato il tema non solamente della modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, ma anche (e non potrebbe che essere così) della conoscibilità dei fatti⁹⁹ da parte del Giudice costituzionale.

Infatti, solamente in caso di decisioni fondate su dati certi, attendibili e verificabili vi è «la possibilità di comprendere le [...] valutazioni in merito alla controversa modulazione degli effetti temporali delle decisioni»¹⁰⁰.

Tuttavia, come è stato affermato, «la pronuncia di ordinanze istruttorie non ha mai caratterizzato processi costituzionali relativi a *grandi casi* di diritto costituzionale o di

⁹⁴ Molto criticamente Ruggeri afferma in una lucida analisi della sent. n. 10 del 2015 di non sapere «fino a che punto i calcoli economici siano stati fatti in modo giusto». Cfr. A. RUGGERI, *Sliding doors per incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, 1.

⁹⁵ Come noto, in passato, il Giudice delle leggi poteva godere dell’appoggio di un Ufficio appositamente istituito che si occupava, nello specifico, della valutazione dell’impatto delle decisioni. Cfr. M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 33.

⁹⁶ Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 356.

⁹⁷ In questo senso A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa della prassi*, cit., 20.

⁹⁸ Interessante l’analisi approfondita da G. P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, 28. La pronuncia è stata preceduta dall’ord. n. 5 del febbraio 1991; sul punto, si veda T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 248.

⁹⁹ Si consideri, a proposito della rilevanza dei fatti nel giudizio costituzionale, la sent. n. 96 del 1981. Cfr. M. AINIS, *Sul rilievo dei “fatti” nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2010.

¹⁰⁰ Ancora una volta si veda M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 356.

giustizia costituzionale; nemmeno da ultimo, del resto, in presenza di fatti tanto *pressanti* da indurre la Corte ad una inedita rivisitazione dell’incidentalità (sent. n. 10/2015), detti fatti sono stati accertati con istruttoria formale»¹⁰¹.

Ad oggi, alla luce della riforma delle N.I., è auspicabile il ricorso ad una proficua acquisizione dei dati di rilievo economico-finanziario e tecnico-scientifico ai fini dell’adozione di pronunce trasparenti nella sua parte motiva e, conseguentemente, anche nel dispositivo, nota di non poco conto se si considera quella giurisprudenza temporalmente manipolativa particolarmente “oscura” nella definizione del *dies ad quem*¹⁰².

Ebbene, pare interessante notare, a tal proposito, che il Giudice delle leggi non ha attivato i propri poteri istruttori nell’unica sentenza di “spesa” temporalmente manipolativa adottata in seguito alla riforma delle N.I.

Infatti, la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Appello di Torino, sezione lavoro, sull’art. 38, comma 4, della l. n. 448 del 2001, che precludeva l’aumento della pensione agli invalidi al lavoro, è stata decisa, senza attivazione alcuna dei poteri istruttori, con la sent. n. 152 del 2020, una pronuncia di natura manipolativo-sostitutiva contraddistinta dalla clausola di irretroattività¹⁰³ e particolarmente problematica sotto il profilo della tutela della dignità dei singoli nella veste della garanzia del minimo vitale¹⁰⁴.

5. L’utilizzo dei poteri istruttori nell’ambito della tecnica del rinvio al legislatore

A questo punto del lavoro, in ragione del riferimento iniziale all’utilizzo dei poteri istruttori da parte del *BVerfG* e del successivo approfondimento sul rapporto tra conoscenza dei fatti e *Unvereinbarkeitserklärungen*, pare forse opportuno fare un cenno alla tecnica del rinvio al legislatore con riferimento alla materia penale.

Ebbene, in vista dell’adozione della tecnica decisionale in questione, il Giudice delle leggi, in seguito alla modifica introdotta dalla riforma del gennaio 2020, non ha

¹⁰¹ Cfr. quanto significativamente sostenuto da M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 73.

¹⁰² Si consideri, ad esempio, la sent. n. 178 del 2015. Per un commento, si veda A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi. Nota minima alla sentenza della Consulta n. 178 del 2015*, in *Questione Giustizia*, 2015; si veda anche R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di “incostituzionalità sopravvenuta”?* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.

¹⁰³ Secondo il Giudice delle leggi, l’estensione *pro futuro* del cosiddetto «incremento al milione» agli invalidi civili totali è coerente anche con la logica del giudizio incidentale poiché l’accoglimento *ex nunc* risponde comunque all’interesse della parte che ha attivato il processo principale ed è dunque rilevante al fine della decisione che dovrà adottare il giudice rimettente. Cfr. Cons. in Dir. p.to. 8. Per un commento alla pronuncia cfr. C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, in *Nomos*, 1/2021.

¹⁰⁴ Per un commento si veda V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del “minimo vitale”. Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, in *Osservatorio AIC*, 4/2020.

audito esperti di chiara fama o ammesso opinioni di *amici curiae*: l'unica eccezione è rappresentata dall'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo.

In quest'ultimo caso, come afferma il Giudice delle leggi, «varie memorie scritte sono state depositate da gruppi e organizzazioni, nel ruolo dichiarato di amici curiae»¹⁰⁵ ai sensi dell'art. 4-ter, comma 3, delle Norme integrative.

Le opinioni scritte di cui la Corte costituzionale ha dato conto nel *considerato in fatto* sono state depositate dall'Associazione Antigone per i diritti e le garanzie nel sistema penale, che ha posto in evidenza «la crescente incidenza percentuale dei condannati all'ergastolo rispetto al novero complessivo dei detenuti in Italia»¹⁰⁶.

Un'ulteriore opinione scritta è stata depositata dal Centro studi giuridici europei sulla grande criminalità - Macrocrimes, che ha posto in evidenza come una «presunzione assoluta di perdurante contiguità al contesto criminale [...] sarebbe priva di ragionevolezza»¹⁰⁷.

L'opinione viene descritta, nelle sue linee essenziali, al pari di quella che è stata depositata dall'associazione «Nessuno Tocchi Caino», che aveva preso parte «nel ruolo analogo di amicus curiae, del giudizio definito dalla Corte EDU con la sentenza Viola»¹⁰⁸.

Vengono anche posti in evidenza i dati forniti dal Presidente del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, orientati a promuovere l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione.

Infine, il Giudice delle leggi segnala come l'opinione depositata dall'organizzazione di volontariato «L'altro diritto ODV - Centro di documentazione su carcere, devianza, marginalità» abbia appuntato l'attenzione sul ruolo che assume la sentenza Viola contro Italia nel giudizio che pendeva dinnanzi alla Corte.

Con riferimento all'ordinanza di incostituzionalità "prospettata" n. 132 del 2020, il Giudice delle leggi rileva come il 19, 29 e 31 maggio 2020, e dunque oltre il termine di cui all'art. 4-ter, comma 1, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, il Sindacato cronisti romani presso l'Associazione stampa romana avesse depositato via posta elettronica certificata le stesse opinioni scritte in qualità di *amicus curiae* depositate nel giudizio iscritto al n. 140 del r.o. 2019¹⁰⁹.

Rileva, però, sotto l'angolo prospettico dell'allargamento del contraddittorio così come previsto nella riforma delle Norme integrative del 2020, l'ord. n. 37 del 2020, in seguito confermata dall'ord. n. 132 del 2020¹¹⁰, con la quale il Giudice delle leggi ha dichiarato ammissibile l'intervento del Consiglio Nazionale dell'ordine dei giornalisti (CNOG) nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale promosso da parte del Tribunale ordinario di Salerno sull'art. 13 l. 8 febbraio 1948, n. 47 «Disposizioni sulla stampa» e dell'art. 595, comma 3, c.p, il quale è intervenuto ad *adiuvandum*, ai sensi

¹⁰⁵ Cfr. Cons. in fatto. p.to 3.

¹⁰⁶ Cfr. Cons. in fatto p.to. 3.1.

¹⁰⁷ Cons. in fatto p.to. 3.2.

¹⁰⁸ Cfr. ord. n. 97 del 2021, Cons. in fatto p.to. 3.3.

¹⁰⁹ Cfr. Cons. in fatto p.to. 2.4.

¹¹⁰ Come posto in evidenza da C. MALINVERNO, *Quali prospettive per terzi, amici curiae ed esperti a più di un anno dalla riforma delle norme integrative? Spunti a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, 134.

dell’art. 4 delle N.I per chiedere al Giudice costituzionale di «dichiarare ammissibile l’intervento e di accogliere le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal rimettente¹¹¹».

Pur non avendo il Giudice delle leggi fatto apertamente riferimento a quanto dedotto dall’interveniente *ad adiuvandum*, tale circostanza pare, comunque, meritevole di interesse.

Inoltre, prima dell’entrata in vigore della riforma, il Giudice delle leggi non ha lasciato un “posto” alla scienza o alle conoscenze tecniche nell’adozione dell’ord. 207 del 2018 e della successiva sent. n. 242 del 2019.

Come è stato posto in evidenza dalla dottrina, in una situazione complessa come quella sottesa ai casi della vita che si intersecano con la dimensione del fine vita, la Corte costituzionale, complice l’inerzia legislativa, si è assunta «un ruolo di supplenza non voluta»¹¹².

In effetti, considerate anche le discrasie che si sono avute sul piano sostanziale tra le due pronunce, di estremo rilievo se si considera che nella sent. n. 242 del 2019 scompare del tutto il riferimento alla “dignità” di chi vuole porre fine alla propria esistenza, non sarebbe stato poco utile, vista l’importanza, sul piano etico e tecnico-scientifico, di una corretta impostazione della declaratoria di incostituzionalità in tema di suicidio assistito, l’attivazione di istruttorie formali e il coinvolgimento diretto degli scienziati¹¹³.

È stato correttamente affermato, a proposito della tecnica del rinvio al Parlamento, che la Corte potrebbe, «attraverso il rinvio per l’ascolto degli esperti, sortire anche l’effetto di ammonire il legislatore relativamente all’accertamento di una situazione di illegittimità costituzionale, indicando implicitamente un termine ultimo per intervenire in *subiecta materia*»¹¹⁴.

Pare di rilievo evidenziare, in un’ottica comparata, che il *BVerfG*, in occasione dell’adozione della pronuncia sul suicidio assistito del 26 febbraio 2020, ha audito, nel contesto dell’udienza pubblica tenutasi il 16 e 17 aprile 2019, numerosi esperti nel campo della ricerca sul suicidio assistito e in campo psichiatrico, sociologico, epidemiologico e farmacologico.

Non solo, sono stati auditi esperti nel campo del lavoro negli *hospice*¹¹⁵.

L’indagine istruttoria ha certamente contribuito all’adozione – circostanziata – della pronuncia in questione, contraddistinta da tratti rivoluzionari – dieci mesi sono stati necessari per redigerla e votarla all’unanimità –, nonché foriera di rilevanti conseguenze sul piano dei diritti, e, soprattutto, sul piano del diritto al pieno, libero e autonomo sviluppo della personalità nella scelta di porre un termine alla propria vita,

¹¹¹ Cfr. ord. n. 132 del 2020, Cons. in fatto, p.to 1.4.

¹¹² Così M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, 301.

¹¹³ Così M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, cit., 301.

¹¹⁴ In questo senso A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa della prassi*, cit., 18.

¹¹⁵ Così 2 BvR 2347/15, Rn. 179-180.

indipendentemente dall’esistenza di una malattia incurabile: il divieto di agevolazione commerciale del suicidio, previsto all’art. 217 del codice penale tedesco (*StGB*), rubricato divieto di servizi di suicidio assistito – promozione commerciale del suicidio, viola l’articolo 2, comma 1 («Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l’ordinamento costituzionale o la legge morale»), in combinato disposto con l’articolo 1, comma 1 («La dignità dell’uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla»).

Sempre a proposito del rilievo che può assumere nella giustizia costituzionale la conoscenza dei fatti tecnico-scientifici, si consideri che, più di recente, il *Bundesverfassungsgericht* ha adottato una pronuncia di primo rilievo con riferimento alla gestione della pandemia da Covid-19.

Ci si riferisce alla pronuncia adottata il 19 novembre 2021 (1 BvR 781/21), in occasione della quale sono stati rigettati i ricorsi promossi nei confronti del § 28 b (1) alinea 1 dai nn. 3-10 e comma 7 e § 28 c dell’*Infektionsschutzgesetz* – IfSG – legge formale –, inserito dal *Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*) del 22 aprile 2021, che prevedeva rilevanti limitazioni in punto di libertà di riunione e di circolazione.

Più nel dettaglio, il Tribunale costituzionale ha ritenuto non fondati i ricorsi individuali in quanto la disposizione in questione prevedeva misure conformi al libero sviluppo della personalità dell’individuo (art. 2, comma 1, *GG*) e all’art. 2, comma 2, alinea 2 *GG* in combinato disposto con l’art. 104, comma 1, alinea 1, *GG*, disciplinanti la libertà di circolazione e di movimento.

I Giudici costituzionali hanno ritenuto di fare “salve” le discipline normative affermando che il legislatore non aveva adottato misure contrarie allo *standard* di proporzionalità in quanto le stesse erano pienamente rispondenti all’obiettivo che si ponevano di raggiungere, cioè la tutela della salute.

È inoltre interessante notare che secondo il *BVerfG* la verifica dello *standard* in questione non poteva prescindere dalla consapevolezza relativa all’incertezza delle conoscenze scientifiche sulla dinamica pandemica.

Quando sono in gioco i diritti fondamentali, infatti, le ambiguità e le difficoltà nella valutazione dei fatti non possono giustificare una possibile lesione.

Tuttavia, se, a causa dell’imponderabilità delle conoscenze scientifiche, le possibilità per il legislatore di tracciare un quadro fattuale sufficientemente certo sono limitate, è sufficiente che si lasci guidare da una valutazione adeguata e ragionevole alla luce delle pur limitate conoscenze di cui dispone. Questo margine di manovra si basa sulla responsabilità assegnata dalla Legge Fondamentale al legislatore, unico legittimato a decidere sui conflitti tra interessi di alto e altissimo rango nonostante una situazione incerta¹¹⁶.

Per tale ragione, in un quadro così complesso è emersa la necessità di tutelare l’individuo contro lesioni della sua integrità fisica.

Ebbene, nell’adottare tale pronuncia il Tribunale costituzionale ha ritenuto, alla luce del § 27a del *BVerfGG*, di dare a numerose società operanti nel settore scientifico, in

¹¹⁶ Rn. 60 ss.

qualità di terzi esperti, la possibilità di esprimersi sulla dinamica pandemica tramite la redazione di pareri in risposta a domande legate alla dinamica dell’evoluzione del contagio, così come alle modalità di diffusione.

La pronuncia in commento costituisce un esempio di come i poteri istruttori possano garantire l’ingresso nel processo decisionale del Tribunale costituzionale di evidenze scientifiche per la comprensione della legittimità costituzionale dei bilanciamenti posti in essere dal legislatore soprattutto a fronte della difficoltà di reperire dati scientifici “certi” in merito a determinati accadimenti¹¹⁷.

6. I poteri istruttori dopo la riforma delle Norme integrative: il ruolo degli esperti e degli amici curiae

Come noto, la Corte costituzionale, con delibera dell’8 gennaio 2020, è intervenuta sull’art. 4 N.I., inserendo l’art. 4-bis N.I. in tema di intervento di terzi, e introducendo, inoltre, gli artt. 4-ter e 14-bis N.I., relativi, rispettivamente, agli *amici curiae* e agli esperti.

Successivamente, il Giudice delle leggi è intervenuto con delibera del 22 luglio 2021, pubblicata nella GU n. 262 del 3 novembre 2021, prevedendo – per quanto interessa nella presente sede – all’art. 6 N.I. la disciplina degli *amici curiae* e contemplando, al primo comma, il deposito dell’opinione scritta con modalità telematica; inoltre, all’art. 17 N.I. viene regolata la disciplina degli esperti.

Se la riforma delle N.I. garantisce il supporto di soggetti altamente qualificati e competenti in materie specialistiche, mai convocati prima dell’intervento della modifica delle N.I., nonostante tale possibilità fosse già delineabile dalla lettura dell’art. 13 della l. n. 87 del 1953 e dagli artt. 12, 13, 14 delle N.I.¹¹⁸, occorre forse domandarsi, ad oggi, con quale criterio sia possibile individuare gli esperti da convocare, soprattutto in un momento di grande crisi dell’*expertise*¹¹⁹.

La Corte costituzionale, ai sensi dell’art. 14-bis N.I, primo comma, «ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l’autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti».

Inoltre, ai sensi del nuovo comma terzo dell’art. 17 N.I, entrato in vigore il 3 dicembre 2021, è previsto che la Corte possa «disporre l’acquisizione da parte degli

¹¹⁷ Per un commento si veda Cfr. W. KLUTH, *Pandemierecht 4.0. Schlussfolgerungen aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht vom 19.11.2021*, in *Verfassungsblog*, 10 dicembre 2021.

¹¹⁸ Cfr. C. MALINVERNO, *Quali prospettive per terzi, amici curiae ed esperti a più di un anno dalla riforma delle norme integrative? Spunti a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, cit., 142.

¹¹⁹ Per un’analisi sulla problematica in questione si veda G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 171-200 e G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, cit., 230. Più in generale, sulla natura che assumono gli esperti si veda, ancora, G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, cit., 222.

esperti ascoltati di documenti o di una relazione scritta, del cui deposito con modalità telematica viene data comunicazione alle parti costituite».

La disposizione in questione è di particolare interesse, in quanto sembrerebbe positivizzare – in veste “telematica” – una forma di acquisizione di documenti che, oltre ad essere utilizzata nell’ordinamento tedesco, è stata di recente disposta, come si vedrà, in occasione dell’ord. n. 79 del 2021 e 131 del 2021 ai sensi dell’art. 12 delle N.I, che prevede la possibilità per la Corte di disporre «con ordinanza i mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservarsi per la loro assunzione»¹²⁰.

Ebbene, la problematica legata alla vaghezza dell’espressione «esperti di chiara fama»¹²¹ si lega a quella, generale, della crisi del sapere scientifico, avallata dalla letteratura tedesca, che ha posto in evidenza come la scelta dell’esperto sia, di fatto, fortemente orientativa¹²²: si è sostenuto che l’opacità dei criteri di scelta degli esperti possa ingenerare «forme di pericolosa sfiducia» verso le pronunce della Corte¹²³.

Quanto appena scritto sembra potersi riallacciare a quanto sostenuto in letteratura a proposito dell’opportunità di giustificare la scelta degli esperti, «anche con riferimento alla preparazione dell’esperto sul punto in discussione»¹²⁴; allo stesso modo, la modifica delle N.I. impone di riflettere anche sulla conoscibilità del contenuto dell’audizione degli esperti¹²⁵.

Inoltre, sempre con riferimento a quanto previsto dall’art. 14-*bis* N.I. e in ragione della vaghezza della previsione in esso contenuto, sono stati avanzati dubbi interpretativi sulle specifiche discipline rispetto alle quali possono venire auditi gli esperti¹²⁶.

A questo proposito, è stato autorevolmente specificato che questi ultimi verrebbero auditi rispetto ad *altre* discipline, diverse quindi rispetto a quelle di competenza dei Giudici costituzionali¹²⁷, alla stregua di quanto accade nell’ambito della giustizia costituzionale tedesca.

Come si è avuto modo di vedere con riferimento alla prassi del *BVerfG*, gli esperti «di chiara fama» possono assumere un ruolo fondamentale «per ricevere apporti su problemi specifici che vengano in rilievo nella trattazione delle questioni portate all’esame» della Corte costituzionale¹²⁸.

¹²⁰ La disposizione in questione non viene modificata dalla riforma delle N.I. che è entrata in vigore il 3 dicembre 2021.

¹²¹ Sul punto si veda A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa della prassi*, cit., 15 ss.

¹²² W. BLANQUETT e C. CASSER, *Amicus Curiae in Deutschland. Dritteteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen*, in *Kritische Justiz*, Vol. 50, No. 1/2017, 16, come riportato da M. D’AMICO, *Le incertezze dell’istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit., 130.

¹²³ Così A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa della prassi*, cit., 16.

¹²⁴ Cfr. G. P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, cit., 12, che si riferisce al procedimento di selezione degli esperti con riferimento al caso che ha interessato le POER.

¹²⁵ G. P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, cit., 13.

¹²⁶ Così M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Napoli, 2020, 142-144.

¹²⁷ In questo senso M. CARTABIA, *L’attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, 3.

¹²⁸ Cfr. ancora M. CARTABIA, *L’attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, 3.

Tanto premesso, dal gennaio 2020 ad oggi, però, il Giudice delle leggi ha convocato, mediante ordinanza, pochi esperti: tuttavia, le risultanze degli stessi sembrano essere state valorizzate in alcune occasioni, come si vedrà.

Ci si riferisce al caso relativo alle POER, ovvero alle posizioni organizzative di elevata responsabilità, nell’ambito del quale la Corte costituzionale ha ritenuto, con l’ordinanza del 25-27 febbraio 2020, di convocare due esperti in Camera di Consiglio, in seguito ascoltati, a causa dell’emergenza sanitaria derivante da COVID-19, nella camera di consiglio del 27 maggio 2020 «alla presenza della parte costituita e dell’Avvocatura dello Stato, le quali hanno replicato alle osservazioni degli esperti nella successiva camera di consiglio dell’11 giugno 2020».

Il Giudice delle leggi ha ritenuto necessario acquisire informazioni sulle «ricadute della introduzione delle cosiddette posizioni organizzative di elevata responsabilità»¹²⁹.

Nell’ordinanza di convocazione di esperti in questione, il Giudice delle leggi aveva posto quesiti sulle esigenze organizzative delle Agenzie fiscali di creare la nuova figura delle POER, sulle mansioni da attribuire, sulle modalità di selezione, sui presupposti e sulle ricadute legate alla sua istituzione¹³⁰.

Il fine, come sottolineato dalla dottrina, era quello di «valutare preventivamente le ricadute ordinamentali»¹³¹ della pronuncia – la sent. n. 164 del 2020 – con cui sono state dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate sulle norme disciplinanti le POER delle agenzie fiscali¹³².

Emerge, in questo senso, la “rivoluzione” insita nella formalizzazione della convocazione e dell’audizione degli esperti prevista dalla riforma delle N.I.¹³³, così come nell’acquisizione di informazioni utili ai fini della decisione del giudizio da parte degli *amici curiae*¹³⁴: il tema dell’impatto della pronuncia, sia esso ordinamentale o settoriale, inizia, infatti, a venire ad esistenza nell’ambito della giurisprudenza costituzionale, facendo così sperare, peraltro, che il Giudice delle leggi non nasconda più il timore legato alle conseguenze giuridiche delle proprie pronunce dietro un’opaca modulazione degli effetti nel tempo¹³⁵.

¹²⁹ Si veda l’ord. di convocazione di esperti del 27/02/2020.

¹³⁰ Sul punto si veda la dettagliata ricostruzione di G.P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, cit., 9-10.

¹³¹ Cfr. A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa della prassi*, cit., 17.

¹³² Sull’utilizzo dei poteri istruttori nel caso di specie si veda G. TROPEA, *La Consulta salva il “Re Pallido” nell’annosa vicenda delle cd. Poer (posizioni organizzative a elevata responsabilità) presso l’Agenzia delle Entrate*, in *Rivista AIC*, 6/2020.

¹³³ Secondo parte della dottrina, l’audizione degli esperti non avrebbe «lasciato alcun segno nella motivazione della sentenza», così ponendo in dubbio il rispetto della disciplina processuale da parte della Corte costituzionale e, conseguentemente, la sua stessa legittimazione. Cfr. G. P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, cit., 13, 22-23.

¹³⁴ Rileva, in questo senso, la sent. n. 236 del 2021, nell’ambito della quale l’opinione dell’*amicus curiae* viene richiamata nella parte in diritto (cfr. cons. in dir. p.to 9.4).

¹³⁵ In generale, la necessità che le opinioni degli *amici curiae* trovino adeguato spazio nella parte motiva della pronuncia, anche al fine di «rendere davvero conto, all’esterno, della concreta utilità di questo strumento conoscitivo/partecipativo, e di rispondere ad un suo eventuale uso distorto», è ben evidenziata da G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, cit., 205-207.

Successivamente, nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 554 e 849, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022) e dell'art. 57, comma 1, del decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili), convertito, con modificazioni, nella legge 19 dicembre 2019, n. 157, promosso dalla Regione Liguria per conto del Consiglio delle autonomie locali della Regione Liguria, ha adottato l'ord. n. 79 del 2021, rilevando la necessità, non ai sensi dell'art. 14-bis delle N.I., bensì «ai sensi dell'art. 12 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, finalizzato ad acquisire ulteriori e specifiche informazioni indispensabili ai fini della decisione», di richiedere a soggetti specificamente individuati un'apposita relazione, oltre che la convocazione in audizione del Ragioniere generale dello Stato e del Presidente dell'Istituto per la finanza e l'economia locale¹³⁶.

Interessante notare, nella sent. n. 220 del 2021, che il Giudice delle leggi integra la parte motiva della pronuncia con le risultanze delle audizioni disposte con ordinanza al fine di rafforzare il rigetto della questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 1, comma 554, della l. n. 160 del 2019¹³⁷ e sull'art. 1, comma 849, della l. n. 160 del 2019¹³⁸.

Rileva, inoltre, anche l'ord. n. 131 del 2021 in tema di misure di sicurezza, adottata nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 206 e 222 del codice penale e dell'art. 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211 (Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri), convertito, con modificazioni, nella legge 17 febbraio 2012, n. 9, come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera a), del decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52 (Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari), convertito, con modificazioni, nella legge 30 maggio 2014, n. 81, promosso dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Tivoli con ordinanza dell'11 maggio 2020.

La Corte costituzionale ha richiesto, alla luce della necessità di procedere ad un'apposita istruttoria, il deposito di una relazione su quattordici quesiti da parte del Ministro della Giustizia, del Ministro della Salute, del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e del Presidente dell'Ufficio Parlamentare di bilancio.

Si considerino le pronunce nn. 198 del 2021, 202 del 2021, 210 del 2021, 216 del 2021, 218 del 2021, 250 del 2021, 251 del 2021, 261 del 2021, 12 del 2022, 79 del 2022 e 31 del 2022, in occasione delle quali il Giudice delle leggi, pur avendo indicato, nel considerato in fatto, il deposito dell'opinione scritta, non ha in seguito utilizzato, a rafforzamento del proprio percorso argomentativo, gli argomenti enucleati dagli *amici curiae*.

Di recente, nella sent. n. 67 del 2022 il Giudice delle leggi ha affermato, nel Cons. in dir. p.to 3, che «Preliminarmente si dà atto che, con decreto del Presidente della Corte costituzionale del 4 gennaio 2022, ai sensi dell'art. 4-ter delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, vigente *ratione temporis*, sono state ammesse le opinioni scritte presentate dall'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), in qualità di amici curiae, opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto a questa Corte».

¹³⁶ L'udienza pubblica si è tenuta il 5 ottobre 2021.

¹³⁷ Cfr. Sent. n. 220 del 2021, Cons. in dir. p.to. 5.1-5.2.2.

¹³⁸ Cfr. sent. n. 220 del 2021, Cons. in dir. p.to. 5.3.2.

Nel caso di specie, l’esercizio del potere istruttorio avrebbe avuto, secondo parte della letteratura, «l’intento di richiamare l’attenzione del legislatore e delle amministrazioni pubbliche [...] sulle difficoltà applicative della riforma, facendo sì che vi sia un intervento in tempo utile ovvero prima che sia troppo tardi»¹³⁹.

Ebbene, nella successiva sent. n. 22 del 2022 il Giudice delle leggi ha considerato ampiamente i dati tecnici emersi dall’istruttoria, specificando, al p.to 6 del Cons. in dir., come non potesse esimersi dalla declaratoria di inammissibilità delle questioni prospettate «anche alla luce di quanto è emerso dall’istruttoria».

7. L’A.S. 1952, rubricato «Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza nei giudizi di legittimità costituzionale»

Il rapporto tra modulazione degli effetti nel tempo e utilizzo dei poteri istruttori da parte della Corte costituzionale è stato posto in evidenza nel disegno di legge “Lanzillotta”¹⁴⁰, che descrive compiutamente le ragioni poste alla base dell’esigenza di una modifica dell’attuale disciplina degli effetti delle decisioni di accoglimento, prendendo le mosse dal problema del “costo” delle pronunce della Corte, emerso, nello specifico, in seguito all’adozione della sent. cost. n. 70 del 2015.

Con specifico riferimento all’istruttoria, nella relazione introduttiva del disegno di legge è possibile leggere che «[l]a soluzione che qui si propone non impedisce effetti retroattivi alle pronunce della Corte costituzionale ogni qualvolta esse producano effetti sui bilanci ma offre alla Corte stessa la possibilità di attenuare e/o eliminare l’impatto finanziario che emerge dal rafforzamento dell’istruttoria prevista dal presente disegno di legge».

Il nesso “strutturale” tra conoscenza dei fatti e “consapevole” modulazione degli effetti nel tempo con riferimento alla materia economico-finanziaria costituisce, forse, proprio l’elemento più di rilievo del disegno di legge, il cui esame, però, non ha mai avuto inizio.

Il testo, che consta di soli due articoli, prevede, all’art. 1 (Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87), lettera c) che «al terzo comma dell’articolo 30, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, salvo che la Corte non disponga una diversa modulazione dell’efficacia nel tempo della stessa decisione, a tutela di altri principi costituzionali». Il

¹³⁹ Così E. OLIVITO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa della legge o preannuncio di un monito, in anticipo su Strasburgo?* in *Nomos*, 2/2021, 10.

¹⁴⁰ Ci si riferisce all’A.S. 1952, rubricato «Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza nei giudizi di legittimità costituzionale» e assegnato alle commissioni riunite 1a (Affari costituzionali) e 5° (Bilancio) in sede referente l’8 luglio 2015. Per un’ampia disamina dell’A.S. in questione si veda C. FAVARETTO, *Le conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte costituzionale e l’opinione dissenziente nell’A.S. 1952: una reazione alla sentenza 70/2015?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2015. Si veda anche E. FURNO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale: un’occasione mancata dalla riforma c.d. Renzi-Boschi?* in *Osservatorio AIC*, 3/2016, 4.

fine era quello di riaffermare, «sul piano legislativo, la possibilità per il Giudice costituzionale di gestire gli effetti temporali delle proprie pronunce»¹⁴¹.

All’art. 1 lett a) è previsto che «La Corte dispone altresì ordinanze istruttorie ai fini dell’acquisizione di dati e informazioni. Nell’ipotesi in cui la soluzione della questione di legittimità costituzionale possa comportare maggiori oneri o minori entrate per la finanza pubblica, la Corte, anche su richiesta dell’Avvocatura generale dello Stato o del rappresentante della Regione interessata, ha facoltà di chiedere al- l’Ufficio parlamentare di bilancio di cui all’articolo 16 della legge 24 dicembre 2012, n. 243, una relazione sugli effetti finanziari dell’eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni oggetto dell’istanza o del ricorso».

Non è un caso che la proposta di modifica dell’art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953, sia intervenuta proprio a seguito dell’adozione di una sentenza “di spesa”: l’esigenza di procedere ad una forma di legittimazione della gestione degli effetti nel tempo da parte della Consulta si riallaccia prepotentemente al *topos* delle conseguenze giuridiche, e, in particolare, a quello delle conseguenze finanziarie¹⁴², tanto è vero che l’A.S. 1952 ha inteso valorizzare pienamente l’Ufficio Parlamentare di Bilancio, e ciò al fine di stimolare il Giudice delle leggi ad una consapevole gestione degli effetti nel tempo alla luce di esigenze di natura finanziaria.

Ebbene, l’obiettivo di rendere sempre più efficiente la gestione degli effetti nel tempo si accompagna alla proposta relativa all’introduzione non solo di un utilizzo idoneo dei poteri istruttori, in modo tale da orientare le decisioni ad una previa consapevole conoscenza delle conseguenze economico-sociali, ma anche, dall’altro, all’attuazione dell’istituto della *dissenting opinion*, in modo tale da arricchire e rendere maggiormente trasparente il dibattito sulle decisioni prese dal collegio giudicante¹⁴³.

Pare interessante considerare, come rilevato dalla dottrina, che la promozione dell’utilizzo dei poteri istruttori tracciata nel disegno di legge appena commentato è stata in parte “coperta” – ma non con riferimento alla modulazione degli effetti nel tempo – «dalla riforma delle N.I.: emerge, in questo senso, la (forte) tensione tra auto-normazione e regolamentazione da parte del legislatore del giudizio davanti alla Corte costituzionale»¹⁴⁴.

In definitiva, e più in generale, chi scrive ritiene che l’utilizzo dei canali di acquisizione di dati e informazioni offerti dalle nuove N.I. possa indurre la Corte costituzionale a fare un utilizzo più cauto e, al tempo stesso, più consapevole della gestione degli effetti nel tempo.

A questo proposito, però, si consideri che la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione sulla legittimità costituzionale degli “articoli da 62 a 72 del d.l. n. 69 del 2013, come convertito, con modifiche, nella l. n. 98 dello stesso anno,

¹⁴¹ Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 337.

¹⁴² Per una definizione si veda M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 320.

¹⁴³ Per un commento si veda A. TURTURRO, *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistemico) alla sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: “nuovi” poteri istruttori, introduzione del dissent e potere di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento. Prime osservazioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.

¹⁴⁴ Cfr. M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, cit., 198.

nella parte in cui tale disciplina conferisce ai giudici ausiliari di appello lo *status* di componenti dei collegi delle sezioni delle corti presso cui operano come magistrati onorari”¹⁴⁵, è stata decisa senza attivare alcuna istruttoria formale, nonostante la sent. n. 41 del 2021 si colori, in ragione dell’impatto ordinamentale che sarebbe derivato dall’adozione di una secca declaratoria di incostituzionalità, di una forte modulazione degli effetti nel tempo.

8. Riflessioni conclusive

Volgendo alle riflessioni conclusive, il ricorso all’istituto degli esperti può costituire un elemento di forza della giustizia costituzionale italiana¹⁴⁶.

Nell’ordinamento tedesco, lo si è visto, il ricorso a “terzi esperti”, siano essi più spesso esperti «di chiara fama», permette al *BVerfG* di decidere su questioni di legittimità costituzionale che coinvolgono diritti fondamentali.

Si pensi, in questo senso, alle acquisizioni di informazioni di carattere tecnico-scientifico che sono state richieste di recente dal *BVerfG* in tema di divieto di aiuto commerciale al suicidio o rispetto all’*Infektionsschutzgesetz*; si pensi, al contrario, a quanto accaduto, sempre in tema di suicidio assistito, con riferimento alla sent. n. 242 del 2019.

Allo stesso modo, il deposito delle opinioni degli *amici curiae* potrebbe contribuire, con il tempo, ad un progresso¹⁴⁷, poiché permette alla Corte di trattare le questioni alla luce di dati di rilievo da parte di enti che «ben conoscono il contesto applicativo delle norme oggetto di giudizio e, quel che più conta, di farlo nel pieno rispetto della trasparenza e del contraddittorio, così che tali acquisizioni possano espressamente figurare nella motivazione»¹⁴⁸.

Ad esempio, a proposito dello schema “Cappato” inaugurato dall’ord. n. 207 del 2018, l’attrazione di informazioni e dati può rendersi utile nel contesto della tecnica decisionale del rinvio al legislatore, così da ottimizzare il rapporto con il Parlamento soprattutto laddove sia necessaria una riforma strutturale rispetto a specifici ambiti o “zone” del diritto¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Cfr. R. PINARDI, *Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Consulta Online*, 1/2021, 288.

¹⁴⁶ Sul circolo evolutivo che può essere innescato dalla riforma delle N.I cfr. A. RAUTI, *Le nuove “norme integrative” della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010, 26.

¹⁴⁷ D’Amico fa riferimento ad un positivo allargamento del contraddittorio. Così M. D’AMICO, *Gli amici curiae*, cit., 136. Sui rischi legati all’utilizzo dell’istituto degli *amici curiae* cfr. M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 411; si veda anche M. MANETTI, *I “falsi amici” del Giudice costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 505 ss.

¹⁴⁸ Così A. M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, cit., 7.

¹⁴⁹ Sul rapporto tra attivazione dell’istruttoria e Parlamento si veda E. OLIVITO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa della legge o preannuncio di un monito, in anticipo su Strasburgo?*, cit., 7 ss.; analogamente, R. CARIDÀ, *Notazioni minime su amici curiae ed esperti nel processo costituzionale*, cit., 606.

Infine, come sperimentato nella giustizia costituzionale tedesca, una buona conoscenza dei fatti – che, tuttavia, deve essere posta ancor di più in evidenza nella parte motiva della pronuncia, come sottolineato da recente dottrina¹⁵⁰, anche alla luce dell’obbligo generale di motivare le proprie pronunce sotteso al Giudice costituzionale ai sensi del § 30 par. 1 del *BVerfGG*, talvolta disatteso con riferimento ai poteri istruttori dal Tribunale costituzionale federale – potrebbe contribuire ad una modulazione degli effetti nel tempo ben argomentata, fondata su dati scientificamente o tecnicamente comprovabili e certi, oltre che promuovere, al netto della – ad oggi – mancata riforma della disciplina degli effetti delle sentenze nel tempo, una possibile maggiore legittimazione del Giudice delle leggi nella gestione del fattore tempo¹⁵¹.

¹⁵⁰ Si veda C. BARTMANN, *Das Beweisrecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 352.

¹⁵¹ Si consideri che, ad esempio, forti sono state le critiche relative alla modalità con cui la Corte costituzionale ha impostato la gestione del fattore temporale; da ultimo, si veda la sent. n. 41 del 2021. Cfr. V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021.