INTRODUZIONE: PROCESSI COGNITIVI E COGNIZIONE GIURISDIZIONALE *.

di Luigi Di Santo e Fulvio Pastore **

Sommario. 1. Obiettivi e contenuti del seminario di studi. – 2. Pluralismo dei metodi scientifici e cognizione dei giudici.

1

1. Obiettivo e contenuti del seminario di studi.

Il seminario di studi “Processi cognitivi e cognizione giurisdizionale” tenutosi il 13 dicembre del 2019 nell’Università di Cassino e del Lazio meridionale, ha visto eminenti studiosi confrontarsi, da angolazioni diverse tra loro, su temi di assoluta importanza nel panorama degli studi giuridici. La felice intuizione di innescare il dibattito sull’impatto delle nuove tecnologie sulle sorti dell’universo giuridico, ritrova la sua pienezza di intenti già nella prefazione di Antonio Punzi che ha magistralmente presieduto il Seminario di Studi. Nella sua relazione introduttiva, Fulvio Pastore, ha evidenziato temi quali il dialogo e il linguaggio, la decisione e la motivazione, la fattispecie e gli schemi di qualificazione, nel quadro ampio della giurisprudenza costituzionale che richiama alle competenze degli scienziati nel segno della non rinviabile sfida ermeneutica.

Nella sessione mattutina Sergio Bianchi ha discusso di Matematica e cognizione giurisdizionale, con riflessioni attente su questioni decisive quali la relazione tra probabilità e la modalità giuridica nella regione della calcolabilità.

Giovanni Porzio, a sua volta, ha relazionato sul rapporto tra Statistica e cognizione giurisdizionale, sulle variabili per le quali ‘i numeri non possono dare tutte le risposte’ preconizzando la ricerca di una precomprensione numerica. Di seguito, Raffaele

* *Sottoposto a referaggio.*

** Luigi Di Santo è Professore associato di Filosofia del diritto – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale. Fulvio Pastore è Professore associato di Diritto costituzionale – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale. L’introduzione è frutto del confronto tra i due autori, che sono anche i responsabili scientifici del seminario. Il testo del primo paragrafo è di Luigi Di Santo, mentre il testo del secondo paragrafo è di Fulvio Pastore, che ha svolto anche la relazione introduttiva del seminario di studi su “Processi cognitivi e cognizione giurisdizionale”, Dipartimento di Economia e Giurisprudenza, Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Cassino, 13.12.2019.

Trequattrini ha sottolineato il rilievo dell'economia aziendale nella cognizione giurisdizionale attraverso la ricognizione di uno statuto epistemologico in direzione della lettura del bilancio come linguaggio non espressivo di verità. Chiara Berti ha tracciato i segni della relazione tra Psicologia e giurisdizione, con la proposizione del dibattito sulla Neuroprudenza in seno a *topoi* giurisprudenziali quali libero arbitrio e responsabilità. Sullo stesso versante, Rosella Tomassoni ed Eugenia Treglia hanno discusso del contributo della psicologia alla cognizione dei giudici.

Nella sessione pomeridiana, i lavori del Seminario si sono riaperti con la relazione di Luigi Di Santo che ha proposto una riflessione sul tema complesso del rapporto tra Verità e cognizione giurisdizionale nella prossimità dello scenario della decisione giudiziale in riferimento alle nuove tecnologie. A seguire, Roberto Poli con la relazione su "Logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti" ha evidenziato come la Logica del giudice possa essere analizzata in chiave argomentativa nella visuale della giurisprudenza come scienza pratica. Pasquale Passalacqua ha messo bene in luce, nel suo intervento, il profondo legame tra Principio dispositivo e cognizione nel processo del lavoro. Di seguito, Gianrico Ranaldi ha relazionato sul rapporto tra prova informatica e processo penale. Infine ha chiuso i lavori della seconda sessione, Giancarlo Scalese con puntuali riflessioni sulla cognizione nelle giurisdizioni internazionali.

I contributi scritti, forniti dagli oratori intervenuti al seminario, riflettono il contenuto e l'itinerario logico-argomentativo seguito durante lo svolgimento delle relazioni ma risultano significativamente ampliati e arricchiti dal dibattito e dal confronto di idee che ne è scaturito.

Altri importanti contributi si sono aggiunti, grazie alla preziosa opera di riflessione svolta da studiosi, impossibilitati a partecipare fisicamente al convivio scientifico a causa di pregressi impegni istituzionali, che hanno, tuttavia, inteso ugualmente e generosamente raccogliere l'invito a confrontarsi sui temi proposti.

Così, Pierpaolo Dell'Anno ha affrontato, *funditus*, le questioni concernenti il rapporto tra scienze e diritto processuale penale, con ampiezza di analisi, ricostruttiva e critica, formulando interessanti proposte in chiave prescrittiva.

Giuseppe Maria Cipolla, a sua volta, ha affrontato con chiarezza espositiva e notevole capacità di inquadramento dogmatico, il tema relativo alla cognizione nel processo

tributario, mettendo bene in evidenza i profili problematici della sua disciplina e le ricadute sui diritti fondamentali dei contribuenti.

Raffaele Maione, invece, ha affrontato, dal punto di vista della filosofia del diritto, la delicata questione relativa al manifestarsi nel nostro ordinamento di fenomeni sempre più diffusi di formazione giurisprudenziale del diritto, paventando un declino della legge.

Le conclusioni sono state affidate ad Andrea Patroni Griffi che, nel solco della lezione del Calamandrei, ha sottolineato mirabilmente come sia possibile individuare due piani in dialogo nel rapporto tra scienze naturali ed Elaborazione normativa, nell'alveo della tradizione liberale secondo cui il legislatore, utilizzando principi e regole, ordina il dialogo tra fatto e norma giuridica.

Il tentativo di aprire, attraverso il confronto interdisciplinare tra studiosi di varie aree scientifiche, una strada feconda e innovativa di ricerca, si è rivelato quanto mai stimolante e sicuramente troverà in prospettiva, ulteriori contributi e approfondimenti.

2. Pluralismo dei metodi scientifici e cognizione dei giudici..

Salvatore Satta (1902-1975), autore del manuale “Diritto processuale civile”, aggiornato a cura del prof. Carmine Punzi e a lungo adottato come libro di testo in alcune delle più prestigiose Università italiane, affermava che: “Il diritto è l'unica forma di conoscenza che abbiamo, perché è l'esperienza stessa che si fissa nelle forme giuridiche”¹.

Ne “Il mistero del processo”, il noto giurista e fine letterato si chiede cosa sia il processo, rispondendo con le parole di Bulgaro, per il quale *processus est actus trium personarum, actoris, rei, iudici*. Definizione apparentemente banale, ma che in realtà individua il *proprium* della funzione giurisdizionale, ovvero la terzietà del giudice rispetto alle parti del giudizio².

In questo piccolo ma interessante libello Salvatore Satta si pone anche un altro fondamentale interrogativo: “Ma il processo? Ha il processo uno scopo? Non si dica, per carità, che lo scopo è l'attuazione della legge, o la difesa del diritto soggettivo, o la

¹ Il manuale al quale ci si riferisce è quello di S Satta e C. Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 2000 (con appendice di aggiornamento del 2007).

² S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, Piccola biblioteca Adelphi, 1994.

punizione del reo, e nemmeno la giustizia o la ricerca della verità: se ciò fosse vero sarebbe assolutamente incomprensibile la sentenza ingiusta, e la stessa forza del giudicato, che copre, assai più che la terra, gli errori dei giudici”.

Parole certo non confortanti, alle quali si potrebbe replicare che scopo del processo è quanto meno di *tentare* la ricerca della verità. Le parole di Satta, tuttavia, mettono bene in evidenza come la giustizia umana sia una *giustizia processuale*, ovvero una giustizia basata sulla ricostruzione dei fatti risultante dal processo e dalle forme e regole in cui esso si sostanzia. La cognizione del giudice, invero, dipende molto dalla diligenza delle parti nella allegazione delle circostanze di fatto rilevanti oltre che nella formulazione delle richieste istruttorie, così come del resto la stessa risulta fortemente condizionata dalle norme sulla ammissibilità delle prove e in particolare dai filtri determinati da preclusioni e decadenze conseguenti alla scadenza dei termini fissati nelle varie fasi del giudizio.

D'altro canto, si deve anche tenere conto del rilievo determinante, nell'attività ermeneutica compiuta dal giudice, della precomprensione, intesa come la situazione in cui si trova l'interprete che si accinge a comprendere un testo o a ricostruire un fatto, costituita da uno sfondo di giudizi antecedenti, prodotti sia dalla memoria culturale della tradizione, sia dal suo personale orizzonte di attese, in base ai quali egli cerca di cogliere il significato globale dell'oggetto di indagine.

Come bene messo in evidenza dalla teoria dell'argomentazione, infatti, il solo riferimento alla lettera delle disposizioni normative e ai fatti concreti da sussumere nella ipotesi astratta, non è sufficiente a realizzare una corretta interpretazione e applicazione del diritto, essendo necessario, a tal fine, introdurre elementi fattuali e valutativi che non sono offerti dal legislatore³.

I dati scientifici prodotti attraverso processi cognitivi propri di aree scientifiche diverse da quella giuridica concorrono significativamente a determinare la precomprensione del giudice, entrando nel processo sia come elementi fattuali e/o valutativi da utilizzare nella ricostruzione del fatto, sia come elementi di integrazione del parametro normativo nel quale

³ Per una ricostruzione organica di questo filone di pensiero cfr. M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, in collana Giuristi stranieri di oggi, Milano, Giuffrè, 1998. Ivi ci si riferisce, in particolare e in contrapposizione al positivismo di Hans Kelsen, a E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, voll. I e II, Milano, Giuffrè, 1955; K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, Winter, 1963; J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., Athenäum Fischer Taschenbuch Verl, 1970; A. Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, in A. Kaufmann e W. Hassemer (ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, 5 ed., Heidelberg, C. E. Müller Juristischer Verlag, 1989.

sussumere i fatti del giudizio.

Del resto, non solo i dati scientifici consolidati, prodotti da altre scienze, vengono introdotti nel giudizio come elementi di conoscenza già acquisiti, ma gli stessi metodi cognitivi propri di scienze diverse da quella giuridica vengono utilizzati per raggiungere risultati conoscitivi all'interno del processo.

Come è noto l'art. 63, quarto comma, del codice del processo amministrativo include la consulenza tecnica d'ufficio, insieme alla verifica, tra le prove. Ciò malgrado, tuttora, parte della dottrina esclude la consulenza tecnica da tale ambito. L'origine della concezione del perito come ausiliario del giudice si ritrova già negli scritti di Polacco, maestro di Carnelutti. Tuttavia, la negazione della natura probatoria della perizia, sino ad allora pacifica, fu opera non di Polacco ma di Carnelutti. Tale tesi venne recepita dal codice di procedura civile del 1940, ma è stata pressoché totalmente superata nella prassi giurisprudenziale degli ultimi decenni nel processo civile. Pertanto, l'inquadramento, operato dalle codificazioni più recenti, della consulenza tecnica nell'ambito delle prove, analogamente a quanto avviene per la verifica, costituisce il frutto di una scelta meditata da parte del legislatore⁴.

Ormai, in molti giudizi la consulenza tecnica d'ufficio è diventata il principale mezzo di prova e il principale strumento del giudice per raggiungere la conoscenza dei fatti del giudizio. Tanto che spesso i mezzi di prova orali, soprattutto nell'ambito dei procedimenti cautelari e più in generale del processo civile, vengono assunti solo all'esito della consulenza tecnica d'ufficio e sempre che il giudice ne ravvisi la rilevanza alla luce dei risultati raggiunti dalla perizia effettuata.

Ad esempio, nei giudizi in materia di diritto di famiglia, nei quali si controverte sull'affidamento dei minori, spesso accade che il giudice, prima ancora di sentire i testimoni indicati dalle parti, disponga una consulenza tecnica d'ufficio affinché uno psicologo, sentiti i genitori ed eventualmente i minori, indichi le soluzioni preferibili da adottare, nel caso di specie, per salvaguardare lo sviluppo psicofisico dei figli e garantire un punto di equilibrio ragionevole tra le diverse richieste dei genitori.

Nei giudizi cautelari che scaturiscono da presunte situazioni di pericolo connesse alla

⁴ Il dibattito dottrinale sul tema è ripercorso con puntualità e completezza ricostruttiva in N. Di Modugno, *Francesco Carnelutti, Salvatore Satta e la controversa natura della perizia*, in *Giustamm – Rivista di diritto amministrativo*, n. 2/2017.

stabilità di immobili, per fare un ulteriore esempio che si verifica di frequente nell'esperienza, il giudice senza neppure sentire gli informatori indicati dalle parti, dispone come prima attività istruttoria una consulenza tecnica d'ufficio, demandando a un ingegnere, a un geometra o a un architetto, a seconda dei casi, il compito di appurare la stabilità dell'immobile e la sussistenza o meno dello stato di pericolo invocato a fondamento della pretesa.

La legislazione antidiscriminatoria, adottata in recepimento delle direttive comunitarie in materia, prevede espressamente il ricorso alla prova statistica per la dimostrazione, in sede giurisdizionale, della sussistenza della condotta discriminatoria.

Nel campo giuslavoristico è particolarmente nota la vicenda dei licenziamenti collettivi adottati in una fabbrica di produzione di autoveicoli, quando, in sede giurisdizionale, la prova della illegittimità dei licenziamenti per condotta antisindacale, venne raggiunta attraverso la constatazione che statisticamente non appariva ragionevole ritenere che fosse meramente casuale l'iscrizione al medesimo sindacato di tutti i lavoratori licenziati.

Numerose cause in materia di diritto societario richiedono per la loro risoluzione l'applicazione di categorie e concetti elaborati dall'economia aziendale, sia con riferimento al bilancio sia con riferimento alle altre scritture contabili.

Nel campo della colpa professionale medica, per indicare un caso particolarmente frequente, ai fini dell'accertamento della responsabilità civile, si ricorre quasi sempre al calcolo probabilistico. E per questa via, viene riconosciuta spesso la sussistenza della colpevolezza del medico, anche quando lo stesso era stato magari assolto nel corrispondente giudizio penale, dove la prova del fatto storico deve essere necessariamente più rigorosa.

Del resto, persino nel campo penalistico, dove vige un principio di stretta legalità, dove la condotta criminosa deve essere naturalisticamente descritta, dove la prova del fatto storico dovrebbe essere rigorosamente raggiunta nel contraddittorio delle parti in dibattimento e dove esiste un principio di oralità del processo, l'accertamento dei fatti avviene di sovente attraverso il ricorso a scienze diverse da quella giuridica, come quella balistica, quella genetica, quella informatica.

Fondamento comune a tutte le scienze può essere considerato il ricorso alla logica formale e il metodo di ricercare la soluzione dei problemi mediante il ragionamento. Tuttavia, abbiamo due tipi diversi di ragionamento: algoritmi ed euristiche. L'algoritmo è un

procedimento di calcolo che si basa sull'applicazione di un numero finito di regole che determinano in modo meccanico tutti i singoli passi del procedimento stesso. La ricerca di algoritmi ha assunto particolare rilevanza con l'affermazione dell'informatica perché i computer sono essenzialmente esecutori di algoritmi. In effetti, gli algoritmi sono spesso inattuabili per i processi cognitivi degli esseri umani perché richiederebbero di prendere in considerazione troppe variabili. Per questo motivo, si ricorre spesso alle euristiche, ovvero a strategie di risoluzione dei problemi basate su un numero limitato di alternative, selezionate in quanto ritenute le più promettenti, così da ridurre il campo di ricerca.

Tuttavia, questo secondo modo di procedere, basandosi su modelli mentali precostituiti, può portare a una impostazione mentale negativa, per cui apprendimenti precedenti finiscono per influire negativamente su nuovi apprendimenti che richiedono processi cognitivi o strategie differenti. Questa rigidità nell'affrontare i problemi può condurre a una fissità funzionale, ovvero a un meccanismo mentale consistente nella tendenza a prendere in considerazione gli elementi di un problema secondo il loro uso comune o tradizionale, mentre la soluzione richiederebbe che tali elementi venissero utilizzati in un ruolo insolito. Purtroppo, talvolta, le euristiche vengono impiegate anche in casi in cui ci sia una dose di incertezza nelle informazioni che possediamo. Pertanto, in questi casi, le euristiche possono facilmente condurre le persone che svolgono il ragionamento in errore. Questo accade, in particolare, nel caso dell'euristica dell'accessibilità (consistente nel valutare la probabilità di un evento sulla base della facilità con cui ci vengono in mente esempi pertinenti) e nel caso dell'euristica della rappresentatività (quando si compie una valutazione sulla base di modelli e non dei dati in nostro possesso).

L'errore nel ragionamento da cui può essere affetto un processo cognitivo di tipo euristico, può portare, dunque, il giudice a considerare come vere delle asserzioni false e viceversa a ritenere false delle asserzioni vere⁵.

Per quanto, poi, retoricamente, il giudice sia qualificato *peritus peritorum*, appare evidente come, nella maggior parte dei casi, lo stesso non abbia gli strumenti per valutare la correttezza dei risultati raggiunti sulla base di metodi e di dati scientifici diversi da quelli

⁵ Su euristiche e algoritmi, *ex plurimis*, cfr. M. Cervini, *La terza via al problem solving: prassi euristica e illusione algoritmica, un compromesso*, Roma, M.C.A., 1992; L. Macchi, *Il ragionamento probabilistico: ruolo delle euristiche e della pragmatica*, Firenze, La nuova Italia, 1994; P. E. Hart, N. J. Nilsson e B. Raphael, *Correction to "A Formal Basis for the Heuristic Determination of Minimum Cost Paths"*, in *SIGART Newsletter* 1972; N. J. Nilsson, *Principles of Artificial Intelligence*, Palo Alto, California, Tioga Publishing Company, 1980.

giuridici.

La teoria dell'argomentazione trova particolarmente riscontro nella giurisprudenza delle Corti costituzionali che sono inevitabilmente costrette a fare ricorso alla precomprensione per riuscire a svolgere le proprie funzioni secondo modalità tecnico-giuridiche.

Non a caso, Carl Schmitt negava la possibilità di effettuare un controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi seguendo itinerari logico argomentativi di tipo giurisdizionale, ritenendo che la verifica sulla costituzionalità delle leggi dovesse seguire logiche politiche e dovesse essere affidata a un organo di natura politica: il custode della Costituzione⁶.

Tale affermazione, si fondava sulla constatazione che il parametro da utilizzare nell'esercizio della funzione di controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi è costituito da disposizioni estremamente elastiche o aperte, ovvero da disposizioni che, per loro natura, possono essere assoggettate a una pluralità di itinerari ermeneutici.

Ciò dipende dal fatto che le norme costituzionali consistono raramente in regole o norme di dettaglio, essendo quasi sempre norme di principio, talvolta di carattere programmatico. Inoltre, si deve considerare che la genesi convenzionale o pattizia dei testi costituzionali, conduce spesso il costituente alla ricerca di espressioni polisense che favoriscano una sintesi superiore tra le diverse posizioni politiche, culturali e ideali, mediante una compenetrazione degli opposti.

La conseguenza è che le disposizioni costituzionali lasciano solitamente un ampio margine di discrezionalità al legislatore nella scelta delle soluzioni normative da adottare per dare svolgimento ai principi costituzionali. Sicché, secondo la teoria schmittiana, non sarebbe possibile la sussunzione nel parametro costituzionale della norma legislativa di cui si dubita sotto il profilo della legittimità.

Come è noto, la sussunzione è un procedimento di tipo sillogistico, mediante il quale tipicamente il giudice, data la premessa maggiore costituita dal parametro normativo del giudizio e la premessa minore costituita dall'oggetto del giudizio, perviene a una sintesi consistente nella verifica sulla inquadrabilità o meno dell'oggetto nel parametro.

Quando il parametro è troppo indefinito, tuttavia, non è possibile effettuare la sussunzione secondo logiche tecnico-giuridiche perché l'attività di controllo finisce inevitabilmente per scadere nell'arbitrio, traducendosi in una valutazione di merito o di opportunità sulle scelte discrezionali del legislatore.

⁶ C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981.

Agli antipodi rispetto alla posizione teorica di Carl Schmitt, si colloca il pensiero giuspositivista di Hans Kelsen che considera il sistema giuridico come un insieme coerente di norme ricavate in via deduttiva a partire da una *Grundnorme* dalla quale deriverebbero tutte le norme costituzionali e per via discendente quelle legislative. In questa prospettiva, non può che ritenersi assolutamente possibile la sussunzione delle norme legislative in quelle costituzionali al fine di effettuare il controllo di legittimità costituzionale delle leggi secondo metodologie tecnico-giuridiche. Del tutto consequenzialmente, pertanto, Kelsen riteneva che la funzione di controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi non potesse che essere affidata a un organo di natura giurisdizionale, che operasse secondo logiche giurisdizionali⁷.

La Corte costituzionale italiana - nella consapevolezza di dover maneggiare parametri particolarmente elastici, al fine di evitare sovraesposizioni e accuse di compiere valutazioni politiche, prendendo decisioni caso per caso, senza una legittimazione democratica diretta che giustifichi l'invasione di campo in ambiti rimessi alla discrezionalità del legislatore - ha elaborato delle tecniche di integrazione del parametro che le consentono di renderlo sufficientemente specifico da sussumere la norma legislativa oggetto della questione nel parametro stesso secondo logiche argomentative di tipo tecnico-giuridico.

La tecnica più risalente e più nota di integrazione del parametro è costituita dalla norma interposta⁸. La norma interposta è, infatti, una norma che, pur non avendo rango costituzionale, viene utilizzata dalla Corte costituzionale per integrare il parametro di un giudizio di legittimità costituzionale perché prodotta da una fonte legale di diritto oggettivo richiamata espressamente dalla disposizione costituzionale in questione. Esempio classico di fonte idonea a produrre norme interposte è la legge delega rispetto all'art. 76 Cost. e rispetto all'art. 77 comma 1 Cost. Altri esempi sono: la legge cornice, rispetto all'art. 117 comma 3 Cost.; lo statuto ordinario, rispetto all'art. 123 Cost.; il decreto legislativo attuativo dello statuto speciale rispetto alle disposizioni costituzionali della legge costituzionale di approvazione dello statuto.

In altri casi, la Corte costituzionale, per integrare il parametro del giudizio di legittimità

⁷ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino, Einaudi, 1967.

⁸ La prima formulazione della teoria della norma interposta risale a Carlo Lavagna, cfr. in particolare C. Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della "manifesta fondatezza"*, Milano, Giuffrè, 1957. Una rivisitazione aggiornata e dogmaticamente attrezzata della categoria, alla luce della giurisprudenza costituzionale, si rinviene in M. Siclari, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, Padova, CEDAM, 1992.

costituzionale, utilizza delle norme non prodotte da fonti legali dell'ordinamento di produzione di diritto oggettivo espressamente richiamate dalla disposizione costituzionale. Questa ultima modalità di specificazione del parametro può basarsi su fonti legali dell'ordinamento nazionale (come avviene quando la Corte costituzionale utilizza un *tertium comparationis* o quando effettua lo scrutinio di coerenza della scelta discrezionale del legislatore rispetto alle politiche legislative in corso nella materia o rispetto al sistema delle norme legislative in vigore nella materia), oppure su fonti *extra ordinem* (come avviene quando il giudice delle leggi utilizza le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte EDU, per integrare il parametro del giudizio).

Ma la Corte costituzionale si è spinta molto oltre, utilizzando quali elementi di integrazione del parametro anche dei dati meramente fattuali e privi di carattere normativo (fatti sociali, fatti politici, fatti culturali) oppure utilizzando dati forniti da scienze diverse da quella giuridica.

Emblematica, con riferimento all'utilizzo di dati fattuali per l'integrazione del parametro, la sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2010 (che si potrebbe definire di incostituzionalità accertata ma non dichiarata) con la quale la Corte ha fatto salva la *social card* giustificando la misura legislativa sulla base della constatazione che il legislatore aveva adottato tale normativa in una situazione di crisi economica⁹.

Sono ormai numerose, d'altro canto, le sentenze nelle quali la Corte costituzionale utilizza dati scientifici per integrare il parametro del giudizio di legittimità costituzionale. Valga, in questa sede, a mero titolo di esempio, il richiamo alla sentenza n. 151 del 2009, con la quale, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque

⁹ Si legge, infatti, nel paragrafo 6.4 del considerato in diritto: «Questa Corte ha ben presente, al riguardo, il disposto dell'art. 119, quarto comma, Cost., secondo cui le funzioni attribuite alle Regioni sono finanziate integralmente dalle fonti di cui allo stesso art. 119 (tributi propri, partecipazioni a tributi erariali e altre entrate proprie). Ritiene, peraltro che, in mancanza di norme che attuino detto articolo (è noto che la legge delega 5 maggio 2009, n. 42, che fissa i principi della materia, deve essere ancora attuata), l'intervento dello Stato sia ammissibile nei casi in cui, come quello di specie, esso, oltre a rispondere ai richiamati principi di eguaglianza e solidarietà, riveste quei caratteri di straordinarietà, eccezionalità e urgenza conseguenti alla situazione di crisi internazionale economica e finanziaria che ha investito negli anni 2008 e 2009 anche il nostro Paese. Pertanto, la suindicata finalità ed il contesto nel quale è stato realizzato detto intervento valgono a differenziarlo dalle ipotesi, soltanto apparentemente omologhe, in cui il legislatore statale, in materie di competenza regionale, prevede finanziamenti vincolati, ovvero rimette alle Regioni l'istituzione di una determinata misura, pretendendo poi anche di fissare la relativa disciplina».

non superiore a tre»; nonché l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna¹⁰.

La seconda dichiarazione di incostituzionalità contenuta nel dispositivo della sentenza in esame, concernente il comma 3 dell'art. 14 della legge 40 del 2004, si presenta come una pronuncia additiva di principio. Infatti, la Corte costituzionale sanziona una omissione del legislatore che non ha previsto una disciplina legislativa idonea a salvaguardare la salute della donna che riceve l'impianto. Pertanto, la Corte non si sostituisce del tutto al legislatore, come avrebbe fatto se si fosse spinta fino al punto da prescrivere le modalità da seguire al fine di evitare conseguenze pregiudizievoli per l'aspirante madre, ma lascia alla discrezionalità del legislatore uno spazio di attuazione del principio costituzionale affermato.

La sentenza in esame appare particolarmente interessante perché la Consulta utilizza un dato puramente fattuale, quali sono le conoscenze scientifiche, come elemento di integrazione del parametro del giudizio di legittimità costituzionale. Ad avviso della Corte costituzionale, infatti, il corretto punto di equilibrio tra le esigenze di tutela degli embrioni e quella di tutela della salute della aspirante madre non può essere individuato una volta e per tutte dal legislatore attraverso valutazioni astratte ma deve lasciare spazio a una valutazione medica che tenga conto anche delle condizioni generali di salute della donna che intende ricevere l'impianto¹¹.

¹⁰ Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di fecondazione medicalmente assistita, ex plurimis, cfr. A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 2015. Sia consentito, in questa sede, anche il rinvio a F. Pastore, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, Focus Human Rights, n. 1/2017. Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 cfr., in particolare, S. Agosta, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 19 settembre 2009; D. Chinni, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Consulta OnLine*, rubrica Studi, 2009; G. Di Genio, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 maggio 2009; L. Trucco, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Consulta OnLine*, rubrica Studi, 2009.

¹¹ Dirimenti, in tal senso le considerazioni svolte al punto 6 del considerato in diritto della sentenza in esame, di seguito riportate. «Al riguardo, va segnalato che la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002).

Altrettanto significativa, in tal senso, appare la recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019 in tema di aiuto al suicidio, nella quale la Corte costituzionale, nel riconoscere il ruolo decisivo del giudice nell'accertamento della sussistenza dei presupposti per escludere la punibilità, sottolinea come tale decisione non possa prescindere dalle valutazioni espresse dai medici sul caso in questione. Si legge, infatti, a tale riguardo nel paragrafo 7 del considerato in diritto: «Occorrerà dunque che le condizioni del richiedente che valgono a rendere lecita la prestazione dell'aiuto – patologia irreversibile, grave sofferenza fisica o psicologica, dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e capacità di prendere decisioni libere e consapevoli – abbiano formato oggetto di verifica in ambito medico; che la volontà dell'interessato sia stata manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente con quanto è consentito dalle sue condizioni; che il paziente sia stato adeguatamente informato sia in ordine a queste ultime, sia in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all'accesso alle cure palliative ed, eventualmente, alla sedazione profonda continua. Requisiti tutti la cui sussistenza dovrà essere verificata dal giudice nel caso concreto»¹².

Il progresso scientifico e tecnologico produce spesso fattispecie inedite che richiedono una regolamentazione giuridica¹³. Si può discutere su quali siano le modalità preferibili da

La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso.

Deve, pertanto, dichiararsi la illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”.

L'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute.

Le raggiunte conclusioni, che introducono una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell'art. 14, quale logica conseguenza della caducazione, nei limiti indicati, del comma 2 – che determina la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica – comportano, altresì, la declaratoria di incostituzionalità del comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

¹² Sul tema sia consentito, *ex plurimis*, il rinvio a F. Pastore, *Alcune riflessioni sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'assise di Milano con ordinanza del 14.2.2018 con riferimento al reato di aiuto al suicidio*, in *Rivista telematica “Diritti fondamentali”*, pubblicato in data 23.4.2019.

¹³ Sulla natura dinamica degli ordinamenti giuridici e sulla storicità degli stessi cfr., in particolare, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1991.

adottare per colmare tali vuoti normativi¹⁴.

L'idea di evitare una disciplina di diritto oggettivo, valida *erga omnes*, per lasciare la disciplina dei rapporti in questione interamente all'autonomia negoziale, sembra cozzare con la constatazione che spesso in questi casi sono in gioco diritti fondamentali della persona umana che non sono disponibili.

Il rischio principale, in questo caso, sarebbe quello di lasciare alla logica economicistica del mercato la definizione dei rapporti in gioco a detrimento delle parti più deboli che potrebbero essere indotte dal bisogno economico ad alienare la propria dignità, la propria salute e il proprio corpo.

In un sistema di *civil law* come il nostro, d'altra parte, affidare esclusivamente alla decisione dei Giudici la regolazione di situazioni inedite e prive di una disciplina legislativa sarebbe ingeneroso nei confronti dei magistrati che sarebbero chiamati a decidere questioni complesse e cariche di implicazioni morali senza potersi avvalere di un ancoraggio adeguato a norme legislative quanto meno in grado di costituire una cornice di principi.

Il ricorso a una disciplina legislativa dettagliata delle fattispecie inedite generate dal progresso scientifico e tecnologico, a sua volta, presenta delle serie contro-indicazioni, sia perché il legislatore non riesce sempre a tenere il passo con la rapidità dei mutamenti in atto, sia perché una normativa legislativa eccessivamente dettagliata rischierebbe di divenire rapidamente obsolescibile a causa delle successive frequenti innovazioni.

Tuttavia, in una democrazia matura non può che essere il legislatore statale a dettare una disciplina giuridica dei rapporti considerati, giacché solo le camere parlamentari hanno il grado di rappresentatività e di pluralismo necessario per individuare e perseguire gli interessi generali, oltre che per trovare un discrezionale quanto ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di tutela dei vari beni costituzionali implicati.

Affinché la necessaria disciplina legislativa sia coerente col sistema delle fonti di produzione normativa e non sia rapidamente obsolescibile è preferibile però che presenti maglie larghe, ovvero che ponga solo delle norme di principio lasciando un adeguato spazio alla legislazione regionale negli ambiti di sua competenza concorrente o ai regolamenti governativi nelle materie di competenza legislativa statale non coperte da riserva di legge

¹⁴ Sulle tecniche di regolamentazione giuridica delle fattispecie inedite prodotte dallo sviluppo della ricerca scientifica e tecnologica, cfr., *ex plurimis*, L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, ESI, 1993; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995.

assoluta. Una disciplina di principio, inoltre, è più facilmente adattabile dai giudici ai casi concreti che di volta in volta si trovino a esaminare e che presentano, talvolta, connotazioni molto peculiari.

La pretesa giuspositivistica che il legislatore preveda una norma dettagliata per ogni singola ipotesi da regolare, nella quale sussumere la fattispecie concreta sulla base di una interpretazione meramente letterale della disposizione, appare del tutto illusoria alla luce di tali considerazioni. Appare, infatti, inevitabile che il giudice, nella interpretazione delle disposizioni normative da applicare, faccia ricorso alla precomprensione, introducendo elementi fattuali e dati scientifici per ricostruire correttamente i fatti e sussumerli nell'ipotesi normativa.

Appare pertanto pienamente condivisibile la posizione della Corte costituzionale ben sintetizzata nel punto quattro del considerato in diritto della sentenza n. 347 del 1998, dove si può leggere a tal proposito: «L'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»¹⁵.

Quando poi, finalmente, il legislatore interviene a dettare una disciplina delle fattispecie inedite determinate dallo sviluppo scientifico e tecnologico, compete comunque alla Corte costituzionale verificare che la discrezionalità del legislatore sia stata esercitata in modo ragionevole e abbia realizzato un adeguato bilanciamento dei beni costituzionali coinvolti¹⁶.

L'utilizzo delle conoscenze prodotte dalle altre scienze e dei diversi metodi di ricerca nella sede giurisdizionale, presuppone, tuttavia, che si formi un *in idem sentire* tra scienza giuridica e altre aree scientifiche. Per questo, la ricerca di una logica e di un linguaggio

¹⁵ Con la sentenza richiamata, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 del codice civile sollevata in via incidentale dal Tribunale di Napoli.

La Consulta, infatti, ha escluso nella pronuncia richiamata che la norma relativa al disconoscimento del figlio nato da una relazione adulterina potesse essere applicata in via analogica al disconoscimento del figlio nato in costanza di matrimonio da una fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo alla quale il coniuge aveva prestato il proprio preventivo consenso.

¹⁶ Sullo scrutinio di ragionevolezza cfr., in particolare, M. Scudiero e S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto costituzionale italiano e comparato dell'Università degli studi di Napoli Federico II, n° 1, Napoli, Jovene, 1999.

comune tra scienza giuridica e altre aree scientifiche è uno dei compiti più attuali e urgenti dei giudici, ma più in generale di tutti gli studiosi e di tutti gli operatori del diritto.

Lo strumento da utilizzare a tal fine non può che essere il principio supremo della filosofia ermeneutica: l'arte del colloquio.

Concludendo con le parole di Gadamer, si può infatti affermare che: "Il principio supremo dell'ermeneutica filosofica è [...] che non possiamo dire ciò che vorremmo per intero. Siamo sempre rimasti un po' indietro, se non riusciamo a dire tutto ciò che propriamente volevamo. Ma cosa volevamo propriamente? [...] Volevamo convenire con l'altro [...]. Con una parola, volevamo trovare il linguaggio comune. Ciò si chiama colloquio"¹⁷.

¹⁷ H. G. Gadamer, *L'Europa e l'oikoumene*, in J. Bednarich (a cura di), *L'Europa e la filosofia*, Venezia, Marsilio, 1999, p. 50.