

11 GENNAIO 2023

I poteri istruttori della Corte
costituzionale: profili ricostruttivi e
prospettive applicative

di Gian Paolo Dolso

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Trieste



I poteri istruttori della Corte costituzionale: profili ricostruttivi e prospettive applicative*

di Gian Paolo Dolso

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Trieste

Abstract [It]: Il contributo fa il punto sulla fase istruttoria nel processo costituzionale. Si tratta di una fase rilevante in ogni tipo di processo, necessaria per realizzare il “giusto processo” previsto in Costituzione. La fase dell’istruttoria non è molto diffusa nell’ambito del processo davanti alla Corte. Tuttavia negli ultimi anni essa ha conosciuto un nuovo sviluppo, soprattutto nel giudizio in via principale. Nel contributo si analizzano alcuni casi recenti in cui la Corte ha praticato importanti istruttorie nella cornice di giudizi in via principale. Nel processo incidentale il ricorso all’istruttoria è meno frequente, anche se qualche elemento di novità pare delinearci a seguito dell’adozione delle nuove norme processuali da parte della Corte nel 2020.

Title: The investigatory phase before the Italian Constitutional Court: between reconstructive profiles and applicative perspectives

Abstract [En]: The paper takes stock of the investigatory phase in constitutional proceedings. It is a relevant stage in any kind of trial, necessary to realize the “due process” envisaged in the Italian Constitution. The investigatory phase is not very common in proceedings before the Italian Constitutional Court (ICC). However, it has undergone a new development in recent years, especially in the context of principaliter proceedings. In the incidenter proceedings, the investigatory phase is less frequent, which has been revitalized somewhat following the ICC’s adoption of new procedural rules (“*Supplementary Rules*”) in 2020.

Parole chiave: Processo costituzionale; istruttoria; Corte costituzionale; norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale

Keywords: Judicial Review; Investigatory Phase; Italian Constitutional Court; Supplementary Rules

Sommario: 1. Attività istruttoria e processo. 2. Processo costituzionale e fase istruttoria. 3. La recente prassi giurisprudenziale. 3.1 Il giudizio in via principale. 3.2 Il giudizio in via incidentale. 4. Conclusioni.

1. Attività istruttoria e processo

Un’indagine sulla fase istruttoria nel processo costituzionale presuppone che si volga lo sguardo al più generale tema del ruolo dell’istruttoria nell’ambito del diritto processuale¹. Si tratta di un tema che richiederebbe ben ulteriore approfondimento, ma in questa sede ci si limita a qualche considerazione di carattere generale e di “tono” costituzionale, a prescindere dalle particolarità dei diversi paradigmi processuali². In sostanza ci si può chiedere se la disciplina *costituzionale* del processo ci restituisce

* Articolo sottoposto a referaggio. Il contributo nasce da una relazione tenuta nell’ambito del Seminario Annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa” sul tema: “Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative”, Università degli Studi di Milano, 12 novembre 2021.

¹ Ad esempio, P. PAJARDI, *Dell’istruzione della causa*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario al Codice di procedura civile, sub art. 175 ss.*, Utet, Torino, 1980, 480 ss.

² La Corte costituzionale rilascia al legislatore un ampio margine di discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, i quali possono variare a seconda della tipologia di processo che si va a disciplinare, salvi i vincoli

indicazioni sul ruolo e sulla funzione della fase istruttoria nella prospettiva del “giusto processo” previsto in Costituzione. Il momento dell’istruttoria ha a che fare con ogni tipo di processo, non essendo possibile disgiungere il momento dell’acquisizione istruttoria dall’idea stessa di processo. Quali siano poi il contenuto e le caratteristiche della fase istruttoria, ciò dipende dalle particolarità di ciascun modello processuale.

Il problema ricorrente consiste nello stabilire se determinati fatti si siano o non si siano verificati, o con che modalità si siano verificati, sulla base degli elementi disponibili. Nella dinamica della realtà processo accade che il giudizio del giudice si basa sulle affermazioni delle parti: è evidente che né queste ultime né in definitiva il giudizio del giudice sarebbero possibili se i fatti non vengano puntualmente accertati. Di qui la centralità del momento “istruttorio”³. Nell’ambito dell’attività giurisdizionale una rilevante parte di essa, che costituisce il necessario antecedente della decisione, è costituita da quello che viene definito *giudizio di fatto*, nel quale il giudice opera alla stregua di uno storico per la verifica dei fatti affermati dalle parti⁴. L’altro aspetto del giudizio (il c.d. *giudizio di diritto*) non è interessato dall’attività istruttoria che è appunto attività presupposta⁵.

Nel contesto del processo quindi si rivela immancabile un’istruzione compiuta dalla parte istante, di cui la stessa possa avvalersi nel processo, per conoscere gli elementi su cui fondare l’affermazione posta alla base della sua domanda. Di converso anche la “controparte”, per fondare le ragioni della propria “opposizione”, deve a sua volta compiere tale istruzione al fine di sostenere la propria posizione o al fine di contestare gli elementi su cui si fondano le affermazioni della parte istante⁶.

Guardando in particolare al processo di parti, sembra si possa affermare che la fase istruttoria soddisfa l’esigenza del giudice di acquisire conoscenza del materiale che risulti necessario per il giudizio⁷. L’attività istruttoria assume rilievo nella misura in cui consente al giudice di formare il proprio convincimento circa

costituzionali: su questa discrezionalità, ad esempio, Corte cost., sent. n. 379 del 2005 e ord. n. 446 del 2007. In dottrina, sul punto, E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Cedam, Padova, 1983.

³ Sull’attività istruttoria in generale, tra i tanti, F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915; di poi, ad esempio, V. ANDRIOLI, *Prova in genere (dir. civ.)*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino, 1939, 813; V. DENTI, *L’evoluzione del diritto delle prove nei processi civili con temporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 31; V. ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Nss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 260; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza delle prove*, Cedam, Padova, 1970; S. PATTI, *Prove, disposizioni generali*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario al Codice civile.*, Bologna-Roma, 1987; G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 579; M. TARUFFO *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Utet, Torino, 2010; M. TARUFFO, *Sub art. 116*, in *Commentario al Codice di procedura civile*, diretto da S. Chiarloni, Zanichelli, Bologna, 2011, 519; ID., *Fatti e prove*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2012, 3.

⁴ Cfr. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 105.

⁵ Salvi soltanto i casi marginali che concernono le norme straniere e le consuetudini.

⁶ Cfr., per tutti, B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, spec. 99 ss.

⁷ Sul punto G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1923, 809; C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, I, F.lli Cammelli, Firenze, 1922, 7; E. FLORIAN, *Delle prove penali*, I, Milano, 1921, 4.

la verità ovvero la non verità dei *fatti* affermati dall'una o dall'altra parte. Tali fatti devono essere introdotti nel processo, ragionandosi al riguardo di dovere “di allegazione” del fatto che precede la prova di esso⁸. L'istruzione processuale si esercita sulla realtà di fatto, di modo che si traduce in un giudizio di *esistenza*; allo stesso tempo essa è funzionale ad un giudizio di *valore logico*: un giudizio che verte, cioè, sull'idoneità di quel “fatto”, oggetto del giudizio di esistenza, a servire come elemento di confronto con il “fatto” sotteso alle prospettazioni delle parti, al fine di decidere la fondatezza di queste prospettazioni⁹.

Il compimento di un'effettiva attività istruttoria rappresenta quindi un presupposto ineludibile rispetto all'adozione della decisione finale¹⁰. Attività giurisdizionale e attività istruttoria paiono legate da una relazione di tipo non solo giuridico, ma anche logico/ontologico: l'*iter* di formazione del convincimento del giudice, pur essendo assoggettato ad alcune regole specifiche, ha, in realtà, una funzione dimostrativa del tutto analoga a quella che opera nelle scienze storiche ed empiriche, in quanto si avvale dei medesimi criteri logico-razionali e dunque extragiuridici¹¹.

La constatazione per cui l'attività giurisdizionale non può non conoscere una fase istruttoria per poter effettivamente esplicitare la propria funzione ha anche una radice di rango costituzionale¹².

Una giurisprudenza consolidata, ancora prima della enunciazione del “giusto processo” in Costituzione, poneva l'accento sul nesso inestricabile esistente tra il compimento di un'adeguata attività istruttoria nel corso di un processo e l'emanazione di una decisione che potesse effettivamente definirsi corretta, e in definitiva “giusta”. Il procedimento di accertamento istruttorio del fatto storico dedotto in giudizio veniva assunto a necessario presupposto giuridico dell'emanazione di una decisione “corretta”¹³. Anche in assenza di un'esplicita previsione costituzionale in questo senso, il fondamento di questa attività istruttoria risultava desumibile dall'art. 24, commi 1 e 2 Cost.¹⁴. Nemmeno estraneo a questo tracciato argomentativo si rivelava l'art. 113 Cost. e il principio di effettività ad esso sotteso: si tratta di un canone a cui non può sottrarsi il diritto alla prova, pur declinato in forme diverse¹⁵.

⁸ L'onere di allegazione si raccorda con l'art. 112 c.p.c.: nella misura in cui il giudice deve decidere (solo) sulle domande proposte, l'onere di allegazione riguarda appunto i fatti (e solo i fatti) che ne costituiscono il fondamento, altrimenti essi sono irrilevanti rispetto al processo. Sul necessario rispetto del “principio di allegazione” nel processo civile, Cass. civ. 27 febbraio 2008 n. 5191; Cass. civ. 21 maggio 2008, n. 13078; di recente Cass. civ., ord. 29 agosto 2018, n. 213111.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Lo sostiene, tra gli altri, F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, *passim*.

¹¹ In questo senso v. M. TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 553; G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della «specificità» della prova giuridica*, *ivi*, 2000, 1129.

¹² In merito, S. CARDINALE, *Prova penale*, in S. Cardinale, A. Davico, A. Occhipinti (a cura di), *I poteri istruttori del giudice*, Pisa, 2021, spec. 181 ss.

¹³ L'idea che la funzione dell'attività istruttoria consista nello stabilire la verità dei fatti dedotti in giudizio è diffusa in dottrina. Tra i tanti, G. VERDE, *Prova. B) Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1998.

¹⁴ Cfr. ad es. M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. Art. 24 Costituzione e “due process of law clause”*, in *Giur.cost.*, 1961, 1284.

¹⁵ Sul punto A. CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. proc. amm.*, n. 17/1999, 31. Sul diritto alla prova, e sulle sue radici costituzionali, L. DITTRICH, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto processuale civile*, diretto da Lotario Ditttrich, tomo II, *Processo di cognizione*, Utet, Torino, 2019, 1773 ss.

A seguito della novella introdotta dall'art. 1 della legge cost. 23 novembre 1999, n. 2, l'istruzione probatoria ha trovato un'ulteriore e più pregnante copertura costituzionale nell' ampia previsione del "giusto processo"¹⁶. La garanzia di una fase di istruzione probatoria costituisce il diretto precipitato della disciplina costituzionale in materia di "giusto processo". L'esigenza *giuridica* di consentire forme di attività istruttoria si configura come il logico correlato della esigenza *giuridica* di ottenere una decisione "giusta"¹⁷. In questa prospettiva, una disciplina processuale che non risultasse effettivamente adeguata a garantire un'istruttoria idonea a consentire un accertamento pieno dei fatti dedotti in giudizio si dovrebbe ritenere non in asse con il parametro costituzionale del "giusto processo"¹⁸.

La nuova versione dell'art. 111 Cost. ha aggiunto una precisazione che appare invero densa di significato: la previsione secondo cui il "giusto processo" deve essere «regolato dalla legge». La previsione di una riserva di legge rende evidente che non sarebbe compatibile con la Carta fondamentale un processo nel quale la forma e i termini attraverso cui realizzare i poteri di domanda ed eccezione, compresa la disciplina dei poteri istruttori, fossero tutti rimessi alla scelta del giudice e quindi, in definitiva, alla giurisprudenza¹⁹. Sul legislatore incombe l'ineludibile compito di predeterminare in modo chiaro i presupposti di tali poteri, il loro contenuto, il momento del processo entro cui possono essere esercitati. La discrezionalità del giudice può trovare spazio solo nella cornice disegnata dalla legge, legge quindi che fornisce una rigorosa predeterminazione legale delle forme del "giusto processo"²⁰.

Ogni meccanismo istruttorio, benché si nutra di regole di carattere *extragiuridico*, possiede sempre un risvolto *giuridico* che ha a che fare con la *motivazione* della decisione adottata, la cui logicità può essere censurata per violazione del principio costituzionale di cui all'art. 111, comma 6 Cost.²¹. La motivazione è oggetto di una specifica garanzia, la cui principale funzione consiste nel rendere possibile un controllo successivo sul fondamento della decisione²². La motivazione rappresenta, dunque, una giustificazione razionale elaborata *ex post* rispetto alla decisione, finalizzata a consentire un controllo sulla razionalità della decisione stessa²³.

¹⁶ Per indicazioni al riguardo v. V. CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 42.

¹⁷ F.P. LUISO, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in B. Capponi, V. Verde (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, Jovene, Napoli, 2002, 57 ss. Sul punto insiste anche M. TARUFFO, *Prova giuridica*, in *Enc. del diritto, Annali*, I, 2007, spec. 1027 ss., secondo cui "nessuna decisione è giusta se si fonda su fatti sbagliati".

¹⁸ Per un'analisi sul punto v. P. FERRUA, *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2005, 68 ss.

¹⁹ A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Il Foro it.*, V, 2000, 241. Cfr. anche A. ANDRONIO, *Art. 111*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 2099 ss.

²⁰ Al riguardo cfr. in particolare I. ANDOLINA, G. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Giappichelli, Torino, 1997.

²¹ A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27.

²² Cfr. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, 370 ss.; ID., *Motivazione. III) Motivazione della sentenza - Dir. proc. civ. e VI) Motivazione della sentenza - Dir. comp. e stran.*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990.

²³ P. COMANDUCCI, *Osservazioni in margine a "il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale"*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1987, 306 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Il gioco*

Quanto ai *poteri officiosi* del giudice, essi non sono certo misconosciuti dall'ordinamento, competendo al giudice l'accertamento della verità dei fatti²⁴. Per un verso, spetta al giudice il compito di governare l'ammissione e l'acquisizione delle prove di cui le parti chiedono l'ammissione. Per l'altro, si pone il problema di comprendere se il giudice possa attivarsi autonomamente per la ricerca degli elementi di convincimento necessari al fine dell'accertamento della verità dei fatti²⁵. Anche nei processi di natura dispositiva²⁶ non viene di norma revocata in dubbio la possibilità di una più o meno ampia iniziativa d'ufficio del giudice: «l'esperienza del processo civile e quella del giudizio amministrativo dimostrano che il criterio della disponibilità dell'oggetto del giudizio sia decisamente recessivo»²⁷. Non è pensabile un contesto processuale ove la decisione sia rimessa *in toto* e soprattutto in modo insindacabile al giudice; ma una attribuzione di poteri officiosi al giudice, che siano tuttavia pre-determinati dalla legge, non solo non contrasta con i principi del “giusto processo”, ma finisce in definitiva per realizzarlo²⁸.

La legislazione processuale che si è succeduta nel tempo ha avvertito l'esigenza di far sì che l'accertamento dei fatti sulla base delle prove non dipendesse esclusivamente dall'iniziativa processuale delle parti. Il ruolo del giudice consiste essenzialmente nel vagliare se le parti abbiano prodotto tutti i dati conoscitivi utili per accertare la verità dei fatti e nel rendersi parte attiva laddove ciò non sia avvenuto, e nei limiti in cui ciò sia consentito nell'ambito di ciascun modello processuale²⁹.

della giustificazione: osservazioni in margine ad una teoria procedurale dell'argomentazione giuridica, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1984, 475; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 501 ss.

²⁴ E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008. Che il tema dei poteri officiosi del giudice fosse uno dei fili conduttori del processo civile, lo notava V. CRISAFULLI, *Profili costituzionali del diritto processuale civile*, Estratto da *Stato e Diritto*, 1942, 1 ss., a margine dell'approvazione del codice di rito.

Sul punto M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 458, il quale rimarca la tendenza, in diversi ordinamenti, ad un incremento dei poteri officiosi del giudice: “da una indagine comparatistica [emerge che] nessun ordinamento processuale moderno rinuncia ad orientarsi verso la ricerca della verità dei fatti, e nessun ordinamento processuale moderno fa affidamento esclusivo sull'iniziativa delle parti per perseguire questo obiettivo”; stando così le cose risulta possibile, nella cornice di ogni processo, “massimizzare nello stesso momento il diritto alla prova delle parti, la garanzia del contraddittorio e l'attribuzione al giudice di ampi poteri istruttori”.

²⁵ Sul punto M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., 237 ss.

²⁶ , come Si tratta dei processi in cui vale la regola secondo cui unicamente alle parti del giudizio compete l'indicazione dei mezzi di prova in relazione ai fatti allegati in giudizio su cui le pretese delle parti si fondano: in questo senso, cfr. art. 115, comma 1, c.p.c..

²⁷ Così G. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2012, 117, 118, il quale soggiunge conclusivamente che «qualsiasi tipo di processo persegue fini che trascendono il singolo giudizio, senza per ciò solo essere caratterizzati da metodi istruttori inquisitori». Sulla necessità che il giudice partecipi all'accertamento del “fatto”, C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1994, 43 ss.

²⁸ Tutto ciò a patto che tali poteri risultino «predeterminati a livello legislativo» o risultino «elaborati in via interpretativa presupposti, regole e limiti d'esercizio», con la garanzia della «sindacabilità, anche e soprattutto sulla base della motivazione del provvedimento con cui il giudice li abbia esercitati»: così G. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., 152. Di rigida “predeterminazione” ragiona A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, cit., 243, alla luce del novellato art. 111 della Costituzione.

²⁹ Cfr. in particolare G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in G. Ubertis (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milano 1992, 215 ss.

Con riguardo al processo costituzionale, il tema dell'*istruttoria* per molto tempo non è stato al centro del dibattito della dottrina. Da un certo momento in poi, ad esso è stata dedicata un'attenzione maggiore, che si è tradotta in diversi contributi scientifici che hanno affrontato *ex professo* il tema attraverso trattazioni organiche dello stesso³⁰.

In questa sede ci si limiterà ai *giudizi sulle leggi*: giudizio in via principale e in via incidentale. Non è il caso di ripercorrere le linee di sviluppo della dottrina né sarebbe utile ritornare sugli itinerari giurisprudenziali, di fatto già oggetto di ricostruzioni dottrinali. Si concentrerà l'attenzione su alcuni profili specifici che possano in qualche misura contribuire a illuminare il tema dell'*istruttoria* nei giudizi costituzionali sulle leggi. In primo luogo, ci si soffermerà su alcuni aspetti del processo costituzionale che, pur riguardanti l'*istruttoria* in senso stretto, esibiscono delle connessioni più o meno profonde con l'*istruttoria*. Si toccherà la problematica delle *parti* del processo e dei poteri ad esse spettanti: a partire dal ruolo del giudice e da quello del pubblico ministero, per poi passare al ruolo dei terzi che chiedono di intervenire e dei loro poteri. Anche il nuovo istituto dell'*amicus curiae* può presentare interazioni con l'attività ed il materiale istruttori, sui quali la decisione della Corte si fonda.

In secondo luogo, si passeranno in rassegna alcune esemplificazioni tratte dalla prassi giurisprudenziale degli ultimi anni, anche alla luce dei nuovi innesti delle norme integrative del 2020³¹. Come noto, la conformazione del processo costituzionale si nutre della giurisprudenza e a questa, in definitiva, si deve guardare per ricostruire ogni segmento del processo davanti alla Corte costituzionale³².

Un breve spazio potrà essere, infine, riservato ad una riflessione di sintesi. È noto che tra i vari elementi che vengono adottati per suffragare la tesi della natura giurisdizionale dell'attività della Corte costituzionale vi è anche la presenza di una fase istruttoria³³. Si tratta di una fase che è consustanziale al processo. Ci si potrebbe allora domandare: la fase istruttoria del processo costituzionale, così come vive nel sistema, assume una fisionomia tale da connotare il giudizio di costituzionalità come vero e proprio

³⁰ Si veda da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, il ricco volume di M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018. Per una recente ricognizione sui poteri istruttori della Corte, pur in un contributo focalizzato sull'impatto finanziario delle pronunce, cfr. anche M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, spec. 63 ss. In relazione ai contributi monografici, si rinvia a T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997; e a G. A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale* cit.

³¹ In merito alla riforma delle norme integrative cfr., tra i molti, P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi.it*, 2020; A. SCHILLACI, *La «porta stretta»: qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla «società civile»*, in *Diritticomparati.it*, 2020. Sul punto, sia anche consentito rinviare a G.P. DOLSO, *La modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale: una prima applicazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, 398 ss.

³² Si tratta di una riflessione tra i primi coltivata da M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del processo incidentale*, Cedam, Padova, 1984.

³³ In merito la letteratura è ampia: per tutti, e per ulteriori riferimenti, R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. 29 ss.

processo? Ciò alla luce appunto del fatto che la stessa idea di processo non è disgiungibile da quella di un apparato istruttorio che abbia un qualche peso abbia nei meccanismi procedurali che conducono alla decisione finale. I caratteri che l'istruttoria assume nel processo costituzionale sembrano in grado di fornire talune indicazioni al riguardo.

2. Processo costituzionale e fase istruttoria

Come si è accennato, diversi snodi del processo costituzionale possono avere a che fare, in vario modo, con il materiale che la Corte pone alla base delle proprie decisioni, il che rimanda al materiale “istruttorio” a disposizione del Giudice costituzionale, materiale che fa da sfondo alla decisione adottata, fungendo in certi casi da base e giustificazione della decisione.

Il primo snodo significativo è quello che ruota intorno alle parti del processo, alla loro individuazione, ai poteri di cui esse dispongono nel processo. E viene *in primis* in evidenza il ruolo del giudice, sia in una prospettiva “di sistema”, sia in una prospettiva più “operazionale”. Sotto il primo profilo, non pare del tutto da pretermettere l'idea che si possa prendere in considerazione l'ipotesi –in sede ovviamente di normazione del processo costituzionale– della costituzione in giudizio dello stesso giudice rimettente davanti alla Corte. Il discorso meriterebbe ben altro approfondimento, ma non si possono sottacere i vantaggi che tale costituzione potrebbe comportare, anche in termini di economia processuale. In linea di massima, si tratta di una prospettazione che potrebbe apparire consequenziale rispetto alla natura incidentale del giudizio, e così era parsa a Kelsen nel suo noto saggio sulla giustizia costituzionale, ove la costituzione del giudice rimettente veniva data per scontata³⁴. Molto dipenderebbe certamente dai poteri che al giudice si potrebbero riconoscere. Simmetricamente alla proposta, da più parti avanzata³⁵, di attribuire alle parti il potere di sanare eventuali lacune dell'ordinanza di rimessione, si potrebbe consentire anche al giudice *a quo* una tale facoltà alle soglie del giudizio di costituzionalità, al fine di temperare un rigore che in fin dei conti può recare nocimento ai canoni del giusto processo e segnatamente a quelli della ragionevole durata di esso. Non si dimentichi, al riguardo, che la durata del processo “principale” (da cui le questioni muovono) include anche il tempo dei giudizi “incidentali”, come quello di costituzionalità, di modo che eventuali declaratorie di inammissibilità suscettibili di essere emendate dal rimettente finiscono in definitiva per allungare i tempi (complessivi) del giudizio. Su un piano più propriamente istruttorio, nel corso del processo costituzionale il giudice potrebbe segnalare opportune integrazioni probatorie, per lo meno nel caso in cui queste non fossero risultate praticabili (o non ancora

³⁴ Il riferimento è, ovviamente, a H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* (1928), trad. it., in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, 201 ss.

³⁵ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008.

praticabili quando la questione antecede la fase istruttoria) nel corso del giudizio principale, ma si rivelino appunto rilevanti in sede di giudizio incidentale.

In relazione al processo, così come lo conosciamo, l'ordinanza di rimessione, di cui il giudice è *dominus*, segna irreversibilmente i confini del giudizio. È noto, peraltro, come la Corte possa attingere al fascicolo di causa e, quindi, al materiale istruttorio eventualmente in quella sede acquisito. A tale riguardo, anche se non risulta che accada frequentemente, il giudice, laddove volesse corredare il proprio atto introduttivo con materiale istruttorio di sostegno, questo dovrebbe fare nella cornice dell'ordinanza di rimessione. Ciò sarebbe del resto conforme al *principio di autosufficienza*, così come dalla Suprema Corte declinato e in definitiva fatto proprio da molti decenni a questa parte anche dalla Corte costituzionale. Accade, in relazione al detto principio di autosufficienza, che la Corte esamini il fascicolo prevalentemente per verificare, *in limine*, la rilevanza della questione: e si tratta di un vaglio che può scavare in profondità nelle dinamiche processuali che costituiscono il retroterra della *quaestio*. Nei primi decenni di attività la Corte faceva uso ampio del fascicolo di causa, ma in un momento successivo la consultazione del fascicolo è divenuta molto più rara ed è in radice esclusa ai fini dell'integrazione della ricostruzione della fattispecie. La rilevanza deve essere motivata in modo sufficiente, ma può essere oggetto di una ulteriore verifica da parte della Corte anche attingendo al fascicolo di causa³⁶.

Il principio di autosufficienza si è affermato nella giurisprudenza di legittimità da molto tempo: esso comporta che il ricorso contenga tutti gli elementi necessari a porre il giudice di legittimità in grado di avere la completa cognizione della controversia e del suo oggetto senza la necessità di accedere ad altre fonti ed atti del processo». Si può ritenere che il ricorso si riveli autosufficiente quando contenga «tutto ciò che serve in relazione ai motivi di ricorso» senza che sia richiesta la riproduzione *in toto* degli atti processuali nell'atto di impugnazione³⁷. Alla luce di questa impostazione, si potrebbe forse rivisitare la riluttanza della Corte costituzionale di attingere al fascicolo di causa, nella stessa misura in cui tale possibilità viene ammessa nel giudizio di Cassazione: ove nell'ordinanza di rimessione compaiano i puntuali riferimenti agli atti di causa, tali riferimenti dovrebbero ritenersi idonei a legittimare anche la Corte a fare uso di tali atti senza soverchie difficoltà.

Il rimettente potrebbe provvedere, nel contesto dell'atto introduttivo, a rinviare in modo puntuale ad atti contenuti nel fascicolo di causa e, in particolare, a materiale istruttorio che potrebbe assumere rilevanza nel giudizio di legittimità. Il giudice potrebbe, per vero, avere un ruolo più incisivo nello svolgimento del giudizio laddove, nel confezionare l'ordinanza di rimessione, tenesse in maggiore considerazione il panorama istruttorio che della stessa costituisce lo sfondo, soprattutto ove esso avesse

³⁶ Cfr., ad es., Corte cost., decisioni nn. 209/2015, 12, 187/2017, 58, 80/2018; 279/2019; 112/2019; 114/2021.

³⁷ Cass. civ., sez. III, 5 maggio 2020, n. 8480.

a che fare con i profili di costituzionalità. Del resto, la frequenza delle dichiarazioni di inammissibilità per insufficiente descrizione della fattispecie può trovare spiegazione anche in una omessa o insufficiente ricognizione del quadro istruttorio sotteso all'atto introduttivo del giudizio. E in ogni caso sta a dimostrare che tale atto è spesso confezionato senza tenere in debito conto di orientamenti oramai consolidati della giurisprudenza costituzionale.

Venendo alle parti del giudizio di costituzionalità, va, anche in questo caso, rimarcato che la loro individuazione e la disciplina dei poteri ad esse spettanti costituiscono profili che non possono non interferire con i profili “istruttori” del processo costituzionale, anche in modo indiretto ma tuttavia significativo. Iniziando dal pubblico ministero, si può osservare che si tratta di una parte processuale che non è presente nel processo costituzionale, avendo la Corte escluso l'intervento nel giudizio incidentale del P. M. presente nel giudizio *a quo*³⁸. L'eventuale previsione della possibilità della costituzione in giudizio del pubblico ministero, nell'ambito di questioni che vengano sollevate nel corso di un processo penale, non potrebbe non avere ricadute sulla conoscenza dei fatti che stanno alla base del processo e che possono, a loro volta, essere rilevanti anche in relazione alla valutazione della legittimità costituzionale della legge impugnata. Si pensi anche alla produzione di «nuovi documenti relativi al giudizio di legittimità costituzionale», così come previsto dall'art. 3 delle Norme integrative per i giudizi di fronte alla Corte costituzionale. Non sarebbe forse azzardato pensare che, laddove ad esempio la questione di costituzionalità presupponesse un accertamento della qualificazione del fatto, il pubblico ministero potrebbe attingere – ai soli fini del giudizio di costituzionalità – al contenuto del fascicolo del pubblico ministero, anche con riguardo alle parti di esso che non fossero filtrate, ai sensi dell'art. 431 c.p.p., nel fascicolo del dibattimento.

In ogni caso, ogni ampliamento del contraddittorio può esibire nessi con la fase più propriamente istruttoria, nella misura in cui ogni soggetto interveniente può introitare nel giudizio davanti alla Corte elementi nuovi, proporre letture diverse di elementi già acquisiti, produrre atti e/o documenti utili al giudizio: tutto ciò potrebbe consentire che gli stessi “fatti” posti alla base della decisione finale, in quanto rilevanti per il giudizio, potrebbero essere oggetto di varie letture e ri-letture ad opera, per l'appunto, delle parti intervenienti, sulla base del materiale istruttorio versato in atti³⁹.

³⁸ E' riconosciuta una eccezione nel giudizio di accusa ove è previsto un “commissario [o commissari, come avvenne nel processo *Lockheed*] di accusa”, il cui ruolo pare in effetti rimandare a quello rivestito dal P.M.

³⁹ Si tratta di uno punto, quello del rapporto tra istruttoria e contraddittorio, illuminato da 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 della decisione*, cit., 16, il quale opportunamente richiama l'attenzione sulla natura “concreta” delle scelte da compiere, in relazione ad ogni “singola questione”, ciò che si pone appunto come “problema”. Sul nesso tra contraddittorio e materiale “istruttorio” su cui la Corte basa la propria decisione si era già soffermato V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 1998, 21 ss.

Con l'ampliarsi del contraddittorio, quindi, maggiori sarebbero le basi conoscitive che fanno da sfondo alla decisione della Corte, sia relativamente alla *quaestio iuris* strettamente intesa, sia relativamente alle circostanze fattuali che con la questione di legittimità siano connesse. In questa prospettiva, non deve nemmeno dimenticarsi l'ampliamento della possibilità di intervento di terzi non costituiti nel giudizio principale. Tale ampliamento contribuisce a rendere il contraddittorio più pieno, determinando pure ricadute sulla completezza del materiale probatorio su cui si innesterà la decisione della Corte⁴⁰. Se è vero che nella nuova versione delle norme integrative ci si limita, in riferimento all'intervento dei terzi, a codificare in sostanza gli approdi della giurisprudenza, ciò nondimeno lo stesso recepimento nella fonte di auto-normazione di acquisizioni giurisprudenziale esprime una particolare sensibilità della Corte al problema e non esclude dunque letture maggiormente favorevoli all'intervento dei terzi nel giudizio costituzionale⁴¹.

Un solo cenno è possibile dedicare all'intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri. La procedura interna preparatoria alla decisione di intervento del Presidente del Consiglio non è chiara nel suo dipanarsi così come non chiarissimi sono i rapporti che intercorrono tra Presidenza del Consiglio dei Ministri e l'Avvocatura dello Stato. Si tratta di rapporti che non hanno alcun rilievo esterno. Non essendo possibile prendere conoscenza degli atti che vengono inviati all'Avvocatura dello Stato, gli unici riferimenti sono desumibili dalla ricostruzione che fornisce l'Avvocatura dello Stato, sempre che di essa venga dato conto nella sentenza della Corte Costituzionale (unica fonte di conoscenza di queste dinamiche). Non è possibile una ricostruzione della genesi della decisione del Governo di intervenire nel giudizio né sono conoscibili (per quanto qui soprattutto rileva) i materiali istruttori su cui essa si fonda⁴². Va ricordato che gli atti o i documenti che sono inoltrati all'Avvocatura dello Stato non possono esser presi in esame perché qualificati come "riservati" dagli uffici della Presidenza del Consiglio⁴³. L'unico strumento di conoscenza di tali dinamiche è di tipo indiretto e dipende da quanti elementi siano filtrati negli atti che l'Avvocatura deposita nella cancelleria della Corte e da quanta parte di questo materiale viene poi dalla Corte richiamato o utilizzato nella decisione.

⁴⁰ Su questo progressivo ampliamento, da ultimo, M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione giustizia*, 4/2020, 122 ss., ove si osserva che anche gli interventi di terzi dalla Corte dichiarati inammissibili potevano incidere, in qualche modo, sul giudizio nella misura in cui gli atti di intervento e – si può aggiungere – gli eventuali documenti che tali atti corredevano, finivano per entrare nel patrimonio di conoscenza della Corte che, in certi casi, addirittura li richiamava nella decisione finale: 127, spec. nota 16. Sul punto cfr. pure A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi.it*, 16/2020, 202 ss.

⁴¹ Il riferimento è all'art. 4, comma 7 delle Norme integrative per i giudizi di fronte alla Corte costituzionale.

⁴² R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985, 135 ss. Da ultimo si veda la ricognizione di M. CORVASCE, *L'intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: spunti ricostruttivi alla luce della recente prassi giurisprudenziale*, in *ConsultaOnLine*, n. 2/2022, 4 maggio 2022

⁴³ Sul rapporto tra Presidenza del Consiglio e Avvocatura dello Stato cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2018, 149 ss.

L'istruttoria che precede l'intervento in giudizio del Presidente del Consiglio dei Ministri è affidata, come noto, ad una struttura del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi: in particolare si tratta dell'Ufficio contenzioso, per la consulenza giuridica e per i rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo, che si occupa anche del contenzioso davanti alla Corte costituzionale per quanto in questa sede interessa. Se è quindi vero che la fase che si svolge nell'ambito del circuito Ufficio contenzioso/Presidenza del Consiglio/Avvocatura dello Stato non è in linea di massima conoscibile, è fuori discussione che nella cornice del procedimento che si svolge nell'ambito degli organi interni alla Presidenza del Consiglio vengano acquisiti elementi necessari, e sufficienti, a fare assumere una certa posizione al Presidente del Consiglio e a suffragare tale posizione. Si tratta di un orientamento che verrà poi rappresentato all'Avvocatura dello Stato che sarà ovviamente tenuta a rispettare le indicazioni ricevute. In dottrina si è tentata una ricostruzione di queste prassi e il tentativo appare convincente e rispecchia, con tutta probabilità, quella che è anche la prassi, almeno nel periodo coevo al contributo⁴⁴. L'Ufficio contenzioso, secondo questa ricostruzione, e come è logico che sia, dà inizio ad una attività che in senso lato può essere definita "istruttoria", in quanto volta a raccogliere elementi o dati che gettino luce sulla *questio*: in alcuni casi gli elementi possono essere anche fattuali, quando la valutazione della costituzionalità della legge lo richieda. In questo contesto non è raro che l'Ufficio interpellati sul punto i Ministeri competenti quali pure possono fornire elementi di giudizio, ad esempio dati o cifre in possesso di essi⁴⁵.

Sulla base dell'attività istruttoria espletata l'Ufficio contenzioso presenterà una relazione da sottoporre al Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, che baserà appunto la sua decisione sui dati forniti dall'Ufficio stesso⁴⁶. Non è dato sapere quanto approfondita sia tale attività istruttoria né è possibile affermare con certezza che i risultati di essi vengano poi inviati all'Avvocatura dello Stato, né è dato sapere quanto le istruzioni fornite all'Avvocatura siano dettagliate. È ragionevole tuttavia pensare che ciò dipenda da caso a caso, ma non si può certo escludere che, *in unum* con le istruzioni impartite, vengano inviati all'Avvocatura anche i risultati dell'istruttoria compiuta, almeno dove questi siano decisivi in ordine alla fondatezza o infondatezza della questione di legittimità costituzionale. Non risulta che questi atti vengano dall'Avvocatura depositati presso la cancelleria della Corte. È evidente tuttavia che, soprattutto quando l'Ufficio per il contenzioso abbia richiesto dati o informazioni ai vari Ministeri, sarebbe utile che

⁴⁴ R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 135 ss. Tale ricostruzione risulta essere l'unica elaborata dalla dottrina; i pochi Autori che hanno affrontato questa tematica si sono limitati, negli anni successivi, a riportare quanto detto in precedenza dal Romboli. Si veda ad esempio quanto riportato da F. CERRONE, *L'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri nel giudizio incidentale*, in *Foro it.*, 1997, 316.

⁴⁵ R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 135 ss. constata che di norma i Ministeri si limitano ad una presa di posizione piuttosto sintetica, raramente soffermandosi su elementi ulteriori rispetto alla fondatezza o infondatezza della norma *sub iudice*.

⁴⁶ Sul punto F. CERRONE, *L'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri nel giudizio incidentale*, cit., loc. cit.

tale materiale istruttorio fosse versato in atti. Ciò sia a beneficio delle parti e della stessa Corte costituzionale, nella misura in cui tali elementi potrebbero contribuire a chiarire i contorni della questione, sia anche nella prospettiva della salvaguardia del principio di economia processuale, potendo anche accadere che la Corte disponga adempimenti istruttori in riferimento ad elementi in realtà già acquisiti nel procedimento prodromico alla costituzione del Presidente del Consiglio dei Ministri.

In definitiva si può osservare che l'atto di costituzione dell'Avvocatura dello Stato forse dovrebbe contenere, in allegato, la documentazione proveniente dalla Presidenza del Consiglio che delimita (o dovrebbe delimitare) i confini dell'intervento e i suoi contenuti. Da una parte la presenza negli atti di tale documentazione renderebbe "verificabile" la congruenza degli atti defensoriali dell'Avvocatura generale con il mandato ricevuto, che in certi casi risulta essere circostanziato; dall'altra, gli atti provenienti dalla Presidenza del Consiglio (o meglio dall' Ufficio contenzioso, per la consulenza giuridica e per i rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo) e gli eventuali documenti allegati potrebbero arricchire non poco il materiale istruttorio, in certi casi rendendo superflue le iniziative istruttorie consistenti, come sovente accade, in richieste di dati o informazioni dirette al Governo o a singoli Ministri⁴⁷.

3. La recente prassi giurisprudenziale

3.1 Il giudizio in via principale

Dato che ogni elemento del processo costituzionale deve misurarsi con la giurisprudenza, è chiaro che alla prassi bisogna volgere lo sguardo per gettare luce sul funzionamento di ogni istituto, di ogni snodo, di ogni tassello del processo stesso. Nel nostro caso oggetto di attenzione è l'istruttoria, con la limitazione di cui si è detto, al giudizio principale e a quello incidentale, e nei confini di ordine cronologico di cui pure si è detto. Ogni scelta di delimitazione per vero può presentare margini di opinabilità, ciò nondimeno si tratta di scelte che si rendono necessarie sia in considerazione della sede del nostro discorso sia anche per la necessità di non procedere alla ricostruzione di vicende già diverse volte oggetto di indagine da parte della dottrina.

Le esemplificazioni delle istruttorie più significative si collocano nell'ambito del giudizio in via principale, e da questa sede di giudizio conviene prendere le mosse. Poi si volgerà allo sguardo al processo incidentale dove i profili relativi all'istruttoria, in relazione agli ultimissimi anni, andranno considerati congiuntamente all'adozione di un pacchetto di nuove norme integrative, introdotte come noto nel gennaio 2020.

⁴⁷ Non è facile conoscere l'ampiezza delle indicazioni fornite dalla Presidenza del Consiglio all'Avvocatura generale dello Stato: è però assai verosimile che l'attività istruttoria compiuta venga allegata. Su queste prassi, molto difficili da esplorare, R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale, cit.*, p. 137, a cui si rimanda anche per interessanti esemplificazioni. Un po' di luce sui rapporti fra Presidente del consiglio o sottosegretario con delega ed Avvocatura dello Stato viene dal contributo di F. CERRONE, *L'intervento del Presidente del consiglio e del Presidente della giunta regionale*, in *Foro it.* 1997.

Partendo quindi dal giudizio in via principale, si può osservare come il ricorso, da parte della Corte, ad ordinanze istruttorie, non sia stato nel passato molto usuale, anche se auspici in tal senso non sono mancati alla luce della centralità che assume il “fatto” nei giudizi sulle leggi e nel giudizio in via principale in particolare⁴⁸. Alcuni anni or sono la Corte costituzionale, affrontando una serie di questioni relative ai rapporti finanziari tra Stato e Regioni ad autonomia speciale, ha messo in campo una fase istruttoria che segna una indubbia soluzione di continuità rispetto al passato⁴⁹. Si tratta di una decisione (la n. 188 del 2016) connotata –e condizionata- dallo svolgimento di una attività istruttoria assai articolata e complessa, che ha rivestito un ruolo decisivo, essendo nell’occasione la Corte pervenuta a conclusioni che in un vicino antecedente, non connotato dallo svolgimento di una attività istruttoria, erano state ritenute precluse.⁵⁰

Una serie di disposizioni della legge finanziaria erano state impugnate nell’occasione dalla Regione Friuli Venezia Giulia in quanto esse producevano effetti variamente distorsivi sul sistema della finanza regionale, effetti che si erano dilatati nel tempo non rivestendo di fatto un carattere di temporaneità che, solo, ne avrebbe assicurato la conformità ai principi costituzionali⁵¹. Il filo conduttore del ricorso della Regione è l’obliterazione, da parte dello Stato, del principio consensuale, che dovrebbe sempre ispirare e guidare la disciplina dei rapporti finanziari tra lo Stato e le Regioni a statuto speciali⁵². La disciplina messa in campo dallo Stato determinava in definitiva una contrazione delle risorse a disposizione della Regione. Il prelievo di risorse dal bilancio regionale era avvenuto, secondo la Regione, in base a mere ipotesi, non sufficientemente ancorate all’andamento del gettito reale. Nemmeno sarebbe rispettata la cosiddetta “neutralità finanziaria” nella misura in cui l’effetto delle norme sarebbe in fin dei conti un improprio travaso di risorse a beneficio dello Stato, essendo l’accantonamento disposto sulle quote di tributi erariali di spettanza della Regione calibrato su un gettito maggiore di quello realmente concretatosi⁵³. Alla Regione –questa è una delle doglianze centrali nell’ambito dell’itinerario argomentativo della ricorrente-

⁴⁸ Sul punto si rinvia, tra gli altri, a M. CARLI, *Riflessioni sulla motivazione nei giudizi in via principale*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. RUGGERI, Giappichelli, Torino, 1994, 388 ss. Sul ruolo del fatto nel giudizio di costituzionalità si veda il prezioso contributo di A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1335 ss.

⁴⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale n. 188 del 2016, da leggere *in unum* con la precedente sent. n. 155 del 2015.

⁵⁰ Per una ricostruzione più dettagliata della vicenda si rinvia a F. GUELLA, *Omesso rispetto del principio pattizio ed effettività del sindacato costituzionale: la neutralità della riforma fiscale tra poteri istruttori della Corte e modulazione nel tempo degli effetti di annullamento delle leggi*, e, volendo, di G.P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte*, entrambi in *Le Regioni*, 2016, rispettivamente 193 ss. e 225 ss.

⁵¹ La legge oggetto di censura è la legge 27 dicembre 2013 n. 147 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2014).

⁵² Il riferimento è alla legge n. 42 del 2009 (Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell’articolo 119 della Costituzione).

⁵³ Su queste dinamiche ancora F. GUELLA, *op. cit.*, loc. cit.

non era stato possibile conoscere i meccanismi in base ai quali lo Stato ha operato le scelte censurate con conseguente impoverimento delle risorse finanziarie della Regione.

In questo quadro trova collocazione l'istruttoria, a cui la Corte ha dato avvio con ordinanza del 26 novembre 2015. In essa sono state avanzate una serie di circostanziate richieste alle parti sia in ordine all'attivazione (o mancata attivazione) di procedimenti collaborativi tra gli Enti sia con riguardo a specifici dati necessari per verificare la fondatezza delle doglianze della Regione.

A seguito dell'istruttoria la Corte, nella motivazione della pronuncia che chiude l'*iter* processuale, evidenzia diversi profili di illegittimità. Si tratta di profili che vengono scanditi da puntuali riferimenti alle acquisizioni dell'istruttoria compiuta e ai risultati che essa ha prodotto. Tutte le risultanze istruttorie rivelano in definitiva che non è stato rispettato il paradigma dell'accordo come metodo di disciplina e governo della fiscalità territoriale⁵⁴. Inoltre i meccanismi di accantonamento non risultano essere connotati dalla necessaria provvisorietà né risultano rimodulabili secondo le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Come se non bastasse, si tratta pure di accantonamenti quantificati in via meramente ipotetica. Viene poi anche evidenziato che, in palese contrasto con il principio di leale collaborazione, i dati analitici su cui si basano i “conguagli” non sono mai stati comunicati alla Regione, o resi comunque conoscibili alla Regione stessa⁵⁵.

Va poi osservato che la complessità della decisione e le sue ricadute sui rapporti finanziari tra Stato e Regione consigliano la Corte di limitarne nel tempo gli effetti della pronuncia. Il sistema dell'accantonamento, bocciato dalla Corte, “verrà meno a far data dalla pubblicazione della presente sentenza”, anche se è prevista, a certe condizioni, una restituzione di risorse alla Regione⁵⁶. Dal complessivo impianto della pronuncia, emerge che il suo epilogo costituisce la conseguenza delle acquisizioni istruttorie. Di tali risultanze la motivazione della sentenza dà ampiamente conto. Nell'*iter* processuale che ha portato alla decisione traspaiono elementi di logica concatenazione tra i vari atti che hanno portato alla decisione finale: il ricorso introduttivo della Regione, il contenuto delle prescrizioni contenute nell'ordinanza istruttoria e rivolta alle parti del giudizio, l'acquisizione dei risultati

⁵⁴ Nella sent. n. 188 del 2016 il tema della mancanza di accordi tra Stato e Regione attraversa tutta la motivazione. Sul principio di collaborazione come principio ispirazioni delle relazioni finanziarie tra Centro e periferia cfr. R. BIN, *L'autonomia finanziaria delle regioni speciali tra vincoli europei, obbligo di solidarietà e leale collaborazione*, in www.forumcostituzionale.it, 2015. Sul punto non si può non rinviare allo storico contributo di S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1971, 84 ss.

⁵⁵ La mancata conoscenza di dati sui flussi finanziari da parte della Regione costituisce del resto uno dei presupposti della parentesi istruttoria che ha preceduto la sentenza n. 188 del 2016. Su tutti questi profili, più analiticamente, G.P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte*, cit., 225 ss.

⁵⁶ Ancora sent. n. 188 del 2016, n. 7 del *Considerato in diritto*. Anche la Regione ricorrente in via subordinata aveva chiesto la cessazione dell'accantonamento a decorrere dalla data di pubblicazione della sentenza, anche se contestualmente si chiedeva che lo Stato procedesse alle necessarie compensazioni. Sulla delimitazione nel tempo delle sentenze che costano, da ultimo, M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, cit., 151 ss.

dell'istruttoria, poi riversati nelle varie scansioni della motivazione, ove si dà conto in modo puntuale della strumentalità delle acquisizioni rispetto all'esito della vicenda processuale. L'ordinanza istruttoria si rivela rispondente alle esigenze del giudizio. Di tutto si può parlare fuorché di una istruttoria interlocutoria, come pure nel passato è accaduto in relazione ad alcune istruttorie disposte dal Giudice costituzionale ma poi del tutto trascurate nella motivazione della decisione. Nel caso che ci occupa le richieste corrispondono ad altrettanti tessere di un mosaico che la Corte mostra di avere già in parte ricostruito.

Anche le risposte delle parti hanno corrisposto alle aspettative e sono risultate prodighe di indicazioni. La motivazione si nutre degli elementi acquisiti per giungere alla definizione del procedimento. Nella cornice della motivazione trova ampio spazio anche il contenuto delle memorie illustrative, esibendo in tale frangente la Corte una attenzione autentica per un contraddittorio che si è sviluppato sulle prove acquisite in una dialettica schiettamente processuale⁵⁷. Nella motivazione trova adeguato ed opportuno spazio una disamina analitica della situazione dei flussi finanziari oggetto di ricorso, una ricapitolazione molto puntuale della posizione di Stato e Regione, in sintonia con la natura di giudizio di parti, una ricostruzione dei risultati istruttori esaminati in controluce con la cornice normativa che governa le relazioni finanziarie tra Stato e Regione Friuli Venezia Giulia.

L'illegittimità investe le norme oggetto di giudizio in relazione ai seguenti profili. In primo luogo il meccanismo dell'accantonamento viene censurato in quanto non connotato dalla necessaria provvisorietà e insuscettibile di essere nel corso del tempo rimodulato, essendo preclusa la trasformazione di esso in uno strumento "a regime". Anche in relazione alla violazione del principio di neutralità degli effetti fiscali della riforma sulle relazioni finanziarie tra Stato e Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, il Giudice delle leggi rileva la mancanza della necessaria predisposizione di un procedimento pattizio⁵⁸. Infine la Corte evidenzia il contrasto tra la normativa oggetto di giudizio e il principio di leale collaborazione: si tratta di un principio che deve portare a rendere conoscibili i dati su cui si fondano le decisioni dello Stato in materia. Se la Corte non esclude l'utilizzo di "metodologie di stima preventiva", è tuttavia indispensabile che tale metodologia non vada disgiunta da una "informazione chiara e trasparente"⁵⁹.

⁵⁷ Si veda al riguardo soprattutto l'art. 14 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale: "Espletate le prove, i relativi atti sono depositati nella cancelleria. Il cancelliere, almeno trenta giorni prima della data fissata per la nuova udienza o riunione in camera di consiglio, dà comunicazione del deposito alle parti costituite". Si tratta di un modulo che garantisce in definitiva il contraddittorio sulle prove a seguito dell'esaurimento dell'istruttoria.

⁵⁸ Corte cost., sent. n. 188 del 2016, n. 4.4 del *Considerato in diritto*.

⁵⁹ Soprattutto con riguardo agli "accantonamenti": ancora sent. n. 188 del 2016, n. 4.4 del *Considerato in diritto*: secondo la Corte il meccanismo dell'accantonamento "comporta un sacrificio preventivo della fiscalità territoriale in attesa della definitiva attuazione del parametro normativo".

Con riguardo al caso in esame, sembra degno di nota il fatto che un quesito tra quelli formulati dalla Corte fosse rimasto privo di riscontro. Dalla motivazione si desume che, con riguardo ad una particolare richiesta avanzata nei confronti dello Stato la Corte, in difetto di risposta da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, ha dato per provato il fatto, dalla Regione affermato. Si può quindi trarre la conclusione che la Corte abbia seguito una “regola di giudizio” in base a cui, laddove una delle parti non ottemperi alle richieste istruttorie, il giudice proceda a considerare sussistenti le circostanze che il dato istruttorio avrebbe dovuto corroborare a seguito dell’iniziativa (officiosa) della Corte. Si tratta di una indicazione non certo irrilevante nella misura in cui si tratta di un *modus operandi* che in qualche misura che sembra avvicinare, sotto diversi profili, il processo costituzionale al diritto processuale comune e ai principi che ne governano la fase istruttoria.

Accade, nel processo costituzionale come in quello comune, che determinati dati non siano nella disponibilità della parte che su tali dati fonda le proprie prospettazioni. Il diritto processuale ha a questo riguardo elaborato il concetto di *vicinanza della prova*⁶⁰. Se tale concetto è per lo più frutto di un lavoro giurisprudenziale, nel contesto del processo amministrativo esiste una norma che espressamente prevede che spetti alle parti “l’onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni”⁶¹. Si tratta di un principio che è funzionale a recingere l’onere della prova che sulle parti incombe nei confini del materiale che in effetti sia da ciascuna delle parti attingibile. Di converso, se il materiale da cui desumere elementi di giudizio ai trovi nella disponibilità di una sola delle parti, legittimamente tale parte viene onerata del compito di introitare nel processo gli elementi di cui dispone. Si tratta di una regola che potrebbe trovare ingresso nel processo costituzionale, in riferimento ad esempio proprio alle questioni che toccano dinamiche finanziarie nell’ambito delle quali i dati sui flussi non sempre sono nella disponibilità della parte che ha interesse a produrli. Se l’oggetto della prova non è attingibile, la parte che fonda le proprie pretese su quei dati ha per lo meno l’onere dimostrare la propria impossibilità di disporne.

Di fatto qualcosa di analogo è accaduto nel caso di cui alla sent. n. 188, avendo la Regione fornito plausibili (e non contestati) elementi in ordine alla non conoscibilità di alcuni dati essenziali a verificare lo stato attuale dei rapporti finanziari tra Stato e Regione: si tratta di una situazione che la Corte ha riconosciuto come corrispondente alla realtà dei fatti.

⁶⁰ C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 ss., che considera tale principio uno dei “criteri utilizzati dal giudice per attribuire l’onere della prova”, anche se non “il più importante” tra tali criteri.

⁶¹ Cfr. l’art. 64 del D.lgs 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), secondo il quale “salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite”; “il giudice amministrativo può disporre, anche d’ufficio, l’acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione”.

Ci si può chiedere quali possano essere gli effetti nel caso in cui la parte che disponga dei dati, e che, proprio per la sua vicinanza alla prova, sia destinataria di una richiesta di produzione di essi, non ottemperi alla richiesta: il criterio in parola, da regola di riparto della prova, potrebbe tradursi in regola di giudizio. L'inadempimento della parte gravata può fornire al giudice elementi di giudizio sul punto, anche dando per dimostrata la circostanza rispetto alla quale la richiesta di produzione documentale risultava funzionale. Di tutte queste dinamiche si trova riscontro anche nella vicenda processuale in esame ove si sono verificate le condizioni che consentono al giudice di ordinare la produzione di documenti nella disponibilità di una delle parti in base al criterio di prossimità. In disparte del fatto che è da ritenere sempre possibile, nella cornice del giudizio in via principale, l'iniziativa officiosa della Corte, resta il fatto che la perimetrazione dei temi di prova ad opera della parte, unitamente alla dimostrazione della impossibilità di disporre di dati funzionali alla propria difesa, rappresentino elementi che rendono l'iniziativa della Corte del tutto giustificabile ed anche in piena sintonia con il principio, ormai radicato nel diritto processuale, della *vicinanza della prova*.

Va segnalata anche una ulteriore decisione, occasionata da un contenzioso tra lo Stato e la Regione Sicilia, in cui la legge regionale veniva additata come contrastante con l'art. 81 Cost., e ciò sotto vari profili meglio illustrati nel ricorso. Alcune delle questioni richiedevano, secondo la Corte, l'espletamento di una parentesi istruttoria, la quale veniva disposta con una ordinanza assai puntuale, sulla falsariga di quella relativa alla sent. n. 188 sopra descritta. L'ordinanza viene pure pubblicata insieme alla sentenza, con una innovazione processuale che è stata largamente apprezzata in dottrina e che contribuisce alla trasparenza del processo decisionale e quindi del processo costituzionale *tout court*⁶².

Oggetto di censura sono diverse disposizioni della legge 8 maggio 2018 n. 8 (*Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2018. Legge di stabilità finanziaria*). In primo luogo in riferimento alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie: in questa prospettiva si censura la prevista retrocessione delle accise a favore della Regione, in assenza del contestuale incremento della compartecipazione regionale alla spesa sanitaria; si contesta pure il fatto che la maggiore spesa sanitaria da accantonare e da destinare al ripianamento del debito pubblico regionale andrebbe a pregiudicare la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie. La seconda censura riguarda alcune altre disposizioni della citata legge nella misura in cui prevedono l'accertamento in bilancio di contributi pubblici che dovrebbero essere recuperati da Istituti di credito (nella misura in cui non siano stati di fatto erogati per i fini per cui erano stati stanziati). Inoltre è sospettata di illegittimità la disposizione che prevede determinati benefici pensionistici in

⁶² Sul punto G. RAGONE, *L'attivazione del potere istruttorio tra forme consolidate e scelte innovative. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 197 del 2019*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 7 gennaio 2020. Oggetto del giudizio è la legge della Regione Siciliana 8 maggio 2018 n. 8 (*Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2018. Legge di stabilità finanziaria*) sotto diverse angolature.

assenza di un accertamento della loro sostenibilità finanziaria. L'ultima norma, relativa alla disciplina di fondi europei, viene censurata in quanto le risorse in essa indicate avrebbero una destinazione non conforme rispetto a quanto previsto dalla delibera CIPE n. 52/2017⁶³.

La questione, riguardante l'accertamento in bilancio di contributi pubblici in relazione a finanziamenti previsti da una legge regionale e non erogati nella loro totalità, viene dalla Corte *de plano* accolta⁶⁴. In relazione alle altre tre questioni viene disposta una specifica istruttoria. L'ordinanza viene allegata alla sentenza, contrariamente alla prassi vigente⁶⁵. Così facendo si rende conoscibile il contenuto delle richieste istruttorie sulla cui base potranno poi essere oggetto di valutazione i comportamenti delle parti destinatarie delle richieste. Ciò risponde ad un generale principio di pubblicità del processo, particolarmente avvertito nel giudizio principale ove il coinvolgimento delle comunità locali costituisce un dato fisiologico della tipologia di giudizio e può essere di non lieve momento. In via di principio, ad ogni modo, la conoscibilità di tutte le fasi del processo appare sempre opportuna nella cornice dei giudizi di costituzionalità⁶⁶. Le richieste istruttorie sono formulate in modo circostanziato, ponendo l'accento sulla necessità di fornire dati *analitici* in ordine a flussi contabili relativi alle relazioni finanziarie tra Stato e Regione oggetto di contestazione.

La prima richiesta istruttoria disposta utilizza come paradigma il decreto legislativo n. 118 del 2011 al fine di sagomare il perimetro dei dati di cui si chiede l'acquisizione. A entrambe le parti vengono richieste circostanziate informazioni circa le modalità con cui sono state calcolate le somme destinate al soddisfacimento dei LEA⁶⁷. Si tratta di una richiesta il cui esito potrebbe in astratto essere a favore della Regione ad onta del fatto che fosse lo Stato parte ricorrente, nella misura in cui le risultanze istruttorie potrebbero rivelare una insufficienza dei mezzi in relazione ai bisogni da soddisfare, con particolare riguardo al livello delle prestazioni essenziali.

In relazione alle richieste rivolte alla Regione relativamente alla disposizione che introdurrebbe nuovi benefici pensionistici, la Corte chiede che vengano precisate «*fonti normative* del finanziamento del fondo

⁶³ Si tratta di un provvedimento che disciplina il Programma operativo complementare della Regione Siciliana, alla luce del Regolamento UE 1303/2013 recante disposizioni comuni ai fondi strutturali e di investimento europei.

⁶⁴ Si veda ancora la sent. n. 197 del 2019, 3.2 e ss. del *Considerato in diritto*, ove la Corte è prodiga di indicazioni con riguardo alle ragioni per cui la normativa censurata si pone in contrasto con i principi che governano la contabilità pubblica.

⁶⁵ Si tratta peraltro di un passo, quello della pubblicazione delle ordinanze istruttorie, che la dottrina aveva auspicato: sul punto M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giur. cost.*, 1987, 1045 ss.

⁶⁶ Sulle esigenze di pubblicità che ineriscono al giudizio sulle leggi, H. KELSEN, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1928, n. 197, 239 ss.; trad. it., *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di C. GERACI, Milano, 1981, 197.

⁶⁷ Corte cost., sent. n. 197 del 2019, ordinanza istruttoria allegata: in particolare si chiede di indicare «la quota –in valore nominale e non percentuale– assegnata da ciascuna per tale finalità; la cronologia delle erogazioni da parte ministeriale – con particolare riguardo alla dimensione della retrocessione delle accise o dell'alternativo cespite nella misura di legge fissato a carico dello Stato– e di quella delle erogazioni alle aziende sanitarie e ospedaliere da parte della Regione Siciliana»

e dell'imputazione al fondo stesso degli oneri pensionistici in discussione»⁶⁸. Si tratta per vero di una richiesta che sembra esaurirsi in una questione di diritto, come tale sottratta –conformemente ad un principio processuale generalmente riconosciuto- al perimetro dell'attività istruttoria sulla base della regola secondo cui *jura novit curia*⁶⁹. Secondo lo Stato, la revisione di benefici pensionistici sarebbe illegittima in quanto «non potrebbero essere sindacati la conformità a legge e il relativo ammontare stante la mancata produzione di idonei elementi di valutazione». Forse sarebbe spettato alla Regione fornire elementi al riguardo⁷⁰. L'iniziativa istruttoria officiosa suona come conferma del fatto che il processo in via principale, in linea di principio giudizio di parti⁷¹, possiede nondimeno un contenuto *oggettivo*, che consiste pur sempre nella decisione sulla legittimità della norma impugnata⁷². Ciò implica di per sé una attenuazione delle regole che presiedono al riparto dell'onere della prova nel contesto del diritto comune, anche se, come già osservato, l'iniziativa officiosa del giudice è tutt'altro che sconosciuta nel diritto processuale, anche in relazione ai modelli di processo improntati al principio dispositivo.

Trattandosi di giudizio di tipo “contenzioso”, «dovrebbe risultare ancora più rigoroso il limite dei “temi” già altrimenti discussi», assumendo in tal modo l'istruttoria «carattere “acquisitivo” (non propriamente “dispositivo e nemmeno “inquisitorio”»)⁷³. La giurisprudenza amministrativa, che è quella in cui tale paradigma “acquisitivo” si è invero in modo più rigoroso, ragiona di “onere minimo di diligenza”, che consiste nella necessità di produrre quei dati dalla stessa parte detenuti⁷⁴. La Corte ha disposto una istruttoria in relazione a dati che la stessa parte certamente aveva a disposizione ma che non ha prodotto in giudizio. Si tratta di un punto che potrebbe invero essere forse oggetto di rimeditazione, nella misura in cui si potrebbero almeno distinguere i casi in cui la produzione si manifesti come necessaria *ab initio* da quelli in cui essa invece emerga a seguito (o sulla base) delle difese di controparte. Quando essa

⁶⁸ Ancora Corte cost., sent. n. 197 del 2019, ordinanza istruttoria allegata (mio il corsivo).

⁶⁹ Ribadisce di recente la portata del principio, strettamente limitata alle fonti del diritto oggettivo, Cassazione, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 2543, sulla delle indicazioni dispensate al riguardo da Cassazione, SS.UU., 29 aprile 2009, n. 9441. In dottrina, tra gli altri, cfr. almeno S. SATTA, *Jura novit curia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 380 ss.

⁷⁰ Rileva al riguardo la Corte che la soluzione della *questio* passa attraverso «l'approfondimento di alcuni elementi che la Regione Siciliana deduce ma non riesce –attraverso la documentazione prodotta- a provare compiutamente, in modo sufficiente a contrastare le censure di non corrispondenza dell'impugnato art. 45 ai parametri costituzionali di cui agli artt. 81, terzo comma, e 117, terzo comma, Cost.» (Corte cost., sent. n. 197 del 2019, n. 5 del *Considerato in diritto*).

⁷¹ Sul punto V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984, 318, che ragiona di carattere “chiaramente” contenzioso del giudizio in via principale.

⁷² M. NISTICO', *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, a cura di M. D'AMICO e F. BIONDI, cit., 86, 87.

⁷³ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 245. Sul punto cfr. anche G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, 285 ss. Più di recente, cfr. anche M. NISTICO', *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, cit., 76 ss.

⁷⁴ Ad esempio, Cons. st., IV, sent. 16 maggio 2019, n. 3156, ove si definisce “improprio” l'uso dello « dello strumento istruttorio per ovviare ad un difetto di prova incombente sul ricorrente», rischiandosi in tal modo la «violazione [...] del principio di imparzialità».

costituire solo uno dei modi per sostenere la propria tesi difensiva, lo spazio per un’iniziativa officiosa dovrebbe forse essere più circoscritto.

Come nel caso sopra citato⁷⁵, la Corte denota una maggiore propensione ad entrare nelle specifiche dinamiche del rapporti finanziari tra Stato e Regioni⁷⁶. La decisione della Corte di dare avvio a fasi istruttorie potrebbe essere assecondata, nei giudizi appunto in via principale, dalle parti, incentivando la prassi volta a introdurre nel processo tutti i dati in loro possesso, previa valutazione della loro strumentalità rispetto al *thema decidendum*. Sarebbe più “fisiologico” che, solamente a fronte di una insufficienza di tali dati, la Corte mettesse in campo strumenti istruttori la cui congruenza potrebbe essere oggetto di valutazione e di “controllo”, alla luce della nuova prassi della pubblicazione immediata dell’ordinanza istruttoria.

La decisione finale è costituita dalla sent. n. 62 del 2020⁷⁷. Mentre la Regione siciliana risulta avere adempiuto alle richieste nei termini fissati dalla Corte, lo Stato ha prodotto la propria documentazione oltre il termine fissato. E così pure fuori termine la Regione ha prodotto ulteriore documentazione. La Corte, prima di entrare nel merito delle questioni, spiega in modo analitico le ragioni che depongono per la perentorietà dei termini fissati per l’adempimento delle richieste istruttorie, diversamente da quanto invece accade nel giudizio in via incidentale. La necessità di assicurare il corretto svolgimento del giudizio costituzionale, *in unum* con il rispetto della parità delle parti, cospirano a rendere inammissibile il superamento dei termini fissati nell’ordinanza. Le movenze della Corte, nel governare l’istruttoria, hanno una matrice schiettamente giurisdizionale⁷⁸.

La prima questione affrontata è la più delicata e complessa. Non è questa la sede per ricostruirla in modo analitico, limitandoci a richiamare gli aspetti strettamente correlati all’espletamento dell’attività istruttoria. La Corte inquadra la questione della sostenibilità della spesa sanitaria nella Regione Sicilia: si tratta di un quadro che si differenzia da quello delle altre Regioni ad autonomia speciale ove “è previsto che esse

⁷⁵ Basti rammentare, al riguardo, Corte costituzionale, sent. n. 188 del 2016, su cui si possono vedere, anche sui profili legati all’attività istruttoria della Corte, le osservazioni di F. GUELLA, *Omesso rispetto del principio pattizio ed effettività del sindacato costituzionale: la neutralità della riforma fiscale tra poteri istruttori della Corte e modulazione nel tempo degli effetti di annullamento della leggi*, e di G.P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte*, entrambi in *Le Regioni*, 2016, rispettivamente 193 ss. e 225 ss.

⁷⁶ Sul punto si veda il ricco volume di M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, cit., spec. 63 ss.

⁷⁷ Sulla pronuncia menzionata nel testo, letta in controluce con la sent. n. 197 del 2019, si veda il denso commento di A. MORRONE, *La “visione” trascendente dei Lea e la realtà del Ssn. Critica su processo e merito nelle sentt. nn. 197/2019 e 62/2020 della corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 2020, 1, 9 ss. Ma si vedano anche le puntuali osservazioni di C. BUZZACCHI, *Il ruolo del “servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale” alla luce dei parametri costituzionali dell’equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020; F. MASCI, *I LEA non sono assoggettabili ad alcun vaglio di sostenibilità economico finanziaria: un trend giurisprudenziale in consolidamento*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2020; F. SUCAMELI, *La tutela multilivello del diritto alla salute: guida alla lettura di Corte cost., sent. n. 62/2020*, in *Diritto & conti*, 17 aprile 2020.

⁷⁸ Corte cost., sent. n. 62 del 2020, n. 2 del *Considerato in diritto*.

provvedano al finanziamento dell'assistenza sanitaria senza più alcun apporto a carico dello Stato⁷⁹. A fronte della posizione dello Stato, stando a cui nessuna ulteriore somma è dovuta al finanziamento dei LEA, la Corte richiama in modo puntuale il contenuto dell'istruttoria, che è stato sagomato sull'art. 20 del D. lgs. n. 118 del 2011⁸⁰, il quale “stabilisce condizioni indefettibili nella individuazione e allocazione delle risorse inerenti ai livelli essenziali delle prestazioni”. La Corte ricorda di avere chiesto alle parti di “fornire precise notizie sui criteri di determinazione e perimetrazione dei LEA ai sensi dell'art. 20 del d. lgs. n. 118 del 2011 e di dimostrare tramite l'indicazione di flussi di bilancio, come tali criteri si siano inverati nei rispettivi bilanci in modo simmetricamente riscontrabile⁸¹. La Corte rileva la sufficienza dei dati analitici messi a disposizione dalla Regione, giungendo alle seguenti conclusioni: “la perimetrazione dei Lea nelle forme tassativamente previste dall'art. 20 del d. lgs. n. 118 del 2011 non è stata correttamente effettuata in sede di legge finanziaria e di bilancio di previsione 2018”; “non è stato assicurato il completo flusso finanziario delle risorse necessarie ai LEA verso la finalità costituzionalmente vincolata⁸². Da una parte “risulta dalle certificazioni la mancata copertura di parte della spesa impegnata dalla regione Siciliana”, dall'altra “risulta altresì una serie di inadempimenti di prestazioni indefettibili come emerge dai [...] verbali del Tavolo di verifica⁸³”.

Non è possibile ripercorrere tutto il ragionamento della Corte, arricchito da riferimenti al complesso reticolo di norme che governa le relazioni finanziarie tra Stato e Regioni speciali, ragionamento a cui non è estraneo il profilo della ineludibile tutela dei diritti, in particolare del diritto alla salute, inestricabilmente connesso con la dignità della persona. Si tratta per vero di una prospettiva che può essere prodromica rispetto ad ulteriori interventi a salvaguardia della “effettività” della tutela dei livelli essenziali delle prestazioni assistenziali su tutto il territorio nazionale⁸⁴. Tutto questo implica che i livelli di governo

⁷⁹ Corte cost., sent. n. 62 del 2020, 4.1 del *Considerato in diritto*: e ciò a differenza della Sicilia, che “dipende ancora, per il finanziamento di oltre la metà della spesa sanitaria, dal concorso dello Stato annualmente erogato attraverso i trasferimenti dal fondo sanitario nazionale” (n. 4 del *Considerato in diritto*). La Corte al riguardo spiega che ad oggi “deve ancora trovare attuazione sia il processo di progressiva assunzione integrale del finanziamento della spesa sanitaria, sia l'individuazione delle modalità della retrocessione delle accise, che avrebbero dovuto compensare le minori risorse di provenienza statale acquisite dalla sanità regionale”.

⁸⁰ Si tratta del Decreto legislativo rubricato “Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42”.

⁸¹ Corte cost., sent. n. 62 del 2020.

⁸² Ancora Corte cost., sent. n. 62 del 2020, n. 4.2 *Considerato in diritto*: il quadro è connotato anche dal fatto che la Corte rileva anche un contesto “privo di una quantificazione preventiva comprensiva di tutte le categorie di LEA”, limitandosi la documentazione prodotta dalla Regione a “esporre in modo analitico le rimesse periodiche da parte dello Stato e gli impegni e i pagamenti relativi a spese sanitarie assunti nel corso dell'esercizio finanziario”.

⁸³ Corte cost., sent. n. 62 del 2020, 4.2 del *Considerato in diritto*.

⁸⁴ Il riferimento all'effettività, su cui a più riprese la Corte insiste, è particolarmente significativo, essendo tale profilo fondamentale per assicurare la tutela del diritto alla salute. Che poi questo risultato possa essere perseguito anche in altre sedi, ulteriori rispetto al giudizio costituzionale, è affermato da F. SUCAMELI, *La tutela multilivello del diritto alla salute*, cit., secondo il quale è “da aspettarsi che in futuro, la questione possa essere riproposta, questa volta, sotto il profilo dell'adeguatezza del ri-finanziamento del servizio sanitario regionale. L'occasione potrebbe essere un nuovo giudizio in

coinvolti debbano necessariamente ispirare la loro azione ai principi di collaborazione, proprio in vista del soddisfacimento dei diritti costituzionali coinvolti. Sulla base dell'istruttoria compiuta, la Corte addivene alla conclusione che la normativa *sub judice* finisce per vulnerare sia l'art. 81 che l'art. 117 Cost. In riferimento al primo parametro, la Corte ne rileva la violazione nella misura in cui le norme impugnate, “anziché perimetrare in sede previsionale le risorse necessarie per l'integrale soddisfacimento dei LEA, coerentemente con il precetto dell'art. 81, terzo comma Cost.”, hanno previsto “anomale forme di iscrizione di accertamento ex lege” “con finalità ben diverse dalla garanzia di finanziamento dei LEA”⁸⁵. Con riferimento al secondo dei parametri evocati, la Corte rileva che le disposizioni impugnate “contrastano con l'obbligo indefettibile di destinare la retrocessione delle accise (a prescindere dal pendente contenzioso tra le parti) al finanziamento dei livelli essenziali di assistenza”; anche nel caso in cui le norme di attuazione “andassero nella direzione auspicata dal legislatore regionale, le risorse eventualmente riconosciute dallo Stato avrebbero un vincolo di destinazione indefettibile al prioritario soddisfacimento dei LEA, assolutamente incompatibile con l'allocazione contabile prevista” dalla legge siciliana impugnata⁸⁶.

Se la questione dei Lea appare quella più rilevante, nell'ottica in questa sede coltivata assumono indubbio rilievo anche le ulteriori questioni decise e che, come la prima, si basano sui dati acquisiti a seguito dell'istruttoria. Per quanto concerne la questione relativa al fondo speciale del personale in quiescenza dell'Ente degli Acquedotti siciliani, sospettato dallo Stato di introdurre nuovi benefici pensionistici senza copertura finanziaria, la Corte osserva che “dalla documentazione presentata dalla Regione” “risulta che lo stanziamento del bilancio regionale [...] è stato sufficiente a fronteggiare il fabbisogno del Fondo pensioni Sicilia per la causale oggetto della presente controversia”⁸⁷.

Anche la terza questione, inerente all'utilizzo di fondi strutturali, viene dalla Corte risolta attingendo ai dati acquisiti a seguito dell'istruttoria disposta, che ha fornito un “quadro estremamente analitico”. Sulla

via principale, stavolta promosso da una Regione, oppure, un giudizio in via incidentale, nell'ambito della giurisdizione contabile”; “la questione dell'adeguatezza del finanziamento statale, infatti, potrebbe diventare rilevante nell'ambito del giudizio di parifica del rendiconto statale o delle Regioni”; “soprattutto a livello di giudizi regionali, se, nel verificare l'adeguatezza della perimetrazione sanitaria [...] la Corte dei conti si ponesse un problema di proporzionalità rispetto al fabbisogno (con il metodo di calcolo “suppletivo” indicato dalla Corte costituzionale)”.

⁸⁵ Corte cost., sent. n. 62 del 2020, 4.4.1, del *Considerato in diritto*, secondo cui la corresponsabilità dello Stato non può giustificare la deroga ai principi di cui all'art. 81 Cost, da una parte, così come ininfluenza ai fini del decidere è la eventuale emanazione di norme di attuazione, dall'altra. “Non è ragionevole l'iscrizione in bilancio di una risorsa, in ordine alla quale risultano improbabili sia l'an, sia il quantum, sia il quomodo”, tutto ciò traducendosi in una “infedele” rappresentazione delle risultanze degli esercizi finanziari di riferimento.

⁸⁶ Le citazioni sono ancora tratte da Corte cost., sent. n. 62 del 2020, 4.4.2, *Considerato in diritto*, ove la Corte richiama anche la sent. n. 169 del 2017. Sulla centralità della leale collaborazione nella decisione in oggetto pone l'accento C. BUZZACCHI, *Il ruolo del “servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale” alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, cit., 663 e 673 ss.

⁸⁷ Sul punto Corte cost., sent. n. 62 del 2020, 5.1 *Considerato in diritto*, in cui si soggiunge pure che “dalla relazione del Fondo Pensioni Sicilia emerge che detto Fondo risulta onerato da disposizioni regionali, tuttora vigenti e mai in precedenza impugate dallo Stato, a corrispondere il trattamento di quiescenza in esame”.

base di questo quadro, “pur avendo l’istruttoria confermato che permangono criticità circa il perfezionamento dei procedimenti che dovrebbero condurre alla proficua utilizzazione dei fondi europei, esistono fondate ragioni a favore del rigetto delle censure dello Stato”, dovendosi procedere ad un “bilanciamento tra l’interesse finanziario primario alla corretta utilizzazione e spendita dei fondi in modo conforme alle disciplina europea e quello inerente alla corretta sequenza dei procedimenti amministrativi che [...] avrebbero dovuto esser ormai perfezionati attraverso la leale cooperazione tra Stato e Regione”⁸⁸. Emerge un approccio della Corte particolarmente attento ai profili “processuali”. Il materiale versato in atti non avrebbe consentito di addivenire ad una decisione sulla questione, troppo importante per essere dismessa per mancanza del necessario corredo istruttorio. L’iniziativa in questo caso è del tutto officiosa. Se l’iniziativa officiosa non offusca le movenze processuali della Corte, queste sono particolarmente enfatizzate dalla strumentalità dell’istruttoria rispetto alla decisione finale: si tratta di una strumentalità che trova eco nella motivazione della sentenza la quale evidenzia quel nesso tra fase istruttoria e fase decisoria che costituisce una cifra dell’attività schiettamente processuale. Questo non riguarda solo la questione dei Lea, ma anche le altre questioni, in particolare quella relativa al trattamento integrativo di quiescenza di una certa categoria di dipendenti regionali e soprattutto quella attinente all’impiego –da parte della Regione- di fondi di derivazione europea. Particolarmente significativa questa ultima questione in cui la Corte, grazie proprio ai dati acquisiti con l’istruttoria, esibisce un approccio improntato a pragmatismo, che per vero è frutto di un bilanciamento ragionevole tra istanze diverse. Tutto ciò consente di non precludere in radice l’impiego dei fondi, seppure alle condizioni che la stessa Corte indica in una decisione che non a caso assume le sembianze della interpretativa di rigetto.

Un cenno merita anche un recente caso di richieste istruttorie. In particolare, con l’ord. n. 79/2021⁸⁹ la Corte ha disposto una istruttoria al fine di acquisire elementi di giudizio relativi ad un ricorso della Regione Liguria, in relazione a variazioni di risorse destinate agli enti locali, in relazione a cui vanno chiariti i criteri, avendo tali variazioni conseguenze negative per le amministrazioni locali⁹⁰.

Il primo dubbio riguarda la quota ristorativa dell’IMU e la sua quantificazione; il secondo investe il Fondo di solidarietà comunale, a carico del bilancio dello Stato. Le richieste di chiarimento hanno come destinatari il Ragioniere generale dello Stato, a cui è stato chiesto di chiarire sulla verifica di sostenibilità del taglio in relazione al fabbisogno degli Enti; il Presidente dell’Istituto per la finanza e l’economia locale

⁸⁸ Ancora Corte cost. sent. n. 62 del 2020, 6.3 del *Considerato in diritto*.

⁸⁹ Sull’ordinanza in esame si rinvia all’accurata ricostruzione di C. BUZZACCHI, *Lo Stato viene meno ai suoi obblighi di perequazione: l’ordinanza n. 79/2021 e l’effettivo fabbisogno finanziario dei Comuni*, in *Diritto & Conti. Bilancio Comunità Persona*, 5 ottobre 2021. Sulla questione, nell’ambito di un discorso più ampio e articolato, si veda anche 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 “Gruppo di Pisa”*, n. 2/2021, 129 ss.

⁹⁰ Cfr. UFFICIO STAMPA CORTE COSTITUZIONALE, *Criteri di riduzione delle risorse statali al fondo di solidarietà comunale e modalità di riparto: la Consulta dispone un’istruttoria e audizioni*, Roma, 21 aprile 2021.

e il Presidente della Corte dei conti, a cui è stato chiesto di illustrare l'impatto del taglio in relazione al fabbisogno degli enti locali per l'esercizio delle funzioni.

Ai sensi dell'art. 12 delle N.I., l'attività istruttoria si sostanzia nella richiesta di una relazione ad esperti individuati dalla Corte. In relazione a due di essi, il Ragioniere generale dello Stato e il Presidente dell'Istituto per la finanza e l'economia locale, è previsto che essi "vengano auditi in camera di consiglio e con la partecipazione delle parti". Rispetto al caso, di cui si darà conto nel prosieguo del lavoro, di audizione di esperti in occasione della sentenza n. 164 del 2020, si può osservare che il caso in esame sembra impostato in modo più corretto, anche se ovviamente si dovrà attendere la pronuncia conclusiva del procedimento al fine di verificare la strumentalità dell'istruttoria rispetto alla decisione finale. In ogni caso l'individuazione di esperti, di sicura competenza e di livello istituzionale confacente rispetto alle questioni da dirimere, unitamente ad una analitica e circostanziata formulazione dei quesiti, costituiscono dati senza dubbio significativi. Non è un caso che la Corte abbia fatto riferimento alla norma generale in tema di istruttoria (art. 12 N.I.), non servendosi del più agile meccanismo della audizione di esperti. E' vero che nel caso si è ravvisata l'opportunità di chiedere relazioni scritte, ma due esperti vengono poi anche sentiti dalla Corte, di modo che sarebbe stato immaginabile anche un ricorso all'art. 12 *bis* N.I. Probabilmente una audizione a seguito di un apporto documentale si rivela più adatto a soddisfare le esigenze di conoscenza rispetto ad una mera audizione che comporta una serie di problematiche, non ultima quella dell'ingresso nel processo degli apporti istruttori acquisiti.

Il tema della disponibilità di risorse adeguate da parte degli Enti locali riveste una indubbia rilevanza, nella misura in cui negli ultimi anni il *trend* è stato negativo e il rischio concreto quello dell'incapacità degli Enti locali di adempiere ai propri compiti: stando così le cose un approfondimento istruttorio appare quanto mai opportuno⁹¹. Il prosieguo della vicenda ci dirà se e quanto essa abbia gettato luce sulle delicate questioni sul tappeto e che "posto" abbiano avuto le acquisizioni istruttorie nel processo decisionale della Corte.

3.2 Il giudizio in via incidentale

Nell'ambito del giudizio in via incidentale non si rinvergono istruttorie particolarmente significative, tranne un recente caso in cui la Corte non ha per vero nemmeno fatto ricorso ad una istruttoria tradizionale, ma si è giovata del nuovo istituto, introdotto con la modifica delle norme integrative introdotta in data 8 gennaio 2020⁹². Se il pacchetto di modifiche ha attirato l'attenzione degli studiosi

⁹¹ Per una descrizione della situazione sottesa all'ordinanza stessa e delle sue criticità si rinvia ancora C. BUZZACCHI, op. cit., loc. cit.

⁹² Sulle modifiche, che hanno attirato l'attenzione della dottrina, tra i primi, P. RIDOLA, "La Corte si apre all'ascolto della società civile", www.federalismi.it, 2020. Oltre a questo contributo, cfr. almeno M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, entrambi in *Rivista Aic*, 2/2020,

prima di tutto per l'introduzione dell'istituto dell'*amicus curiae*, in esso compare anche una ulteriore novità nell'ambito dell'istruttoria. In particolare viene contemplata la possibilità di disporre che “siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio” quando si ritenga “necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline” (art. 14-*bis*, N.I.).

In riferimento ad una complessa questione in materia di pubblico impiego, di tale istituto è stato fatto uso, proprio a ridosso della sua adozione⁹³. La questione, avente ad oggetto l'art. 1, comma 93, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 27 dicembre 2017, n. 205⁹⁴, è stata proposta dal T.A.R. Lazio nel procedimento vertente tra la Dirpubblica–Federazione del pubblico impiego e l'Agenzia delle entrate⁹⁵ ed ha come baricentro i dubbi di costituzionalità relativi a nuove posizioni organizzative previste dalla citata legge per lo svolgimento di incarichi di “elevata responsabilità, alta professionalità o particolare specializzazione”, posizioni a cui vengono conferiti una serie di poteri ulteriori rispetto a quelli propri del funzionari che tali posizioni possono rivestire⁹⁶.

Con ordinanza 27 febbraio 2020 la Corte ha disposto la convocazione di due esperti per l'audizione in camera di consiglio del 23 marzo 2020, poi rinviata al 27 maggio 2020⁹⁷. All'udienza hanno presenziato gli avvocati delle parti⁹⁸.

Il giudice rileva che l'art. 1, comma 93, lettere a), b), c) e d), della legge n. 205 del 2017, consentendo alle Agenzie fiscali di istituire posizioni organizzative di elevata responsabilità (le cosiddette POER), caratterizzate da poteri di natura dirigenziale e destinate ad essere ricoperte con procedure selettive interne, determinerebbe una violazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost., in quanto la possibilità di svolgere incarichi di elevato livello finirebbe con il configurare un l'accesso senza concorso in una nuova fascia funzionale, caratterizzata dall'attribuzione di poteri di natura tipicamente dirigenziale⁹⁹.

rispettivamente 402 ss. 2 426 ss. Cfr. anche, volendo G.P. DOLSO, *Recenti interventi sul processo costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2/2020, 621 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti di dottrina.

⁹³ Corte cost., sent. n. 164 del 2020.

⁹⁴ Si tratta della sentenza n. 164 del 2020, avente ad oggetto alcuni articoli della legge che disciplina il bilancio di previsione dello Stato per il 2018 e il bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020. Per un primo esame ragionato della pronuncia si veda S. DE GÖTZEN, *Accesso alla dirigenza e a posizioni organizzative: il perimetro del requisito del pubblico concorso*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2020, 1 ss.

⁹⁵ La questione è stata sollevata con ordinanza del 3 giugno 2019, iscritta al n. 167 del registro ordinanze 2019 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 42, prima serie speciale, dell'anno 2019.

⁹⁶ Si tratta di poteri e funzioni meglio precisati dal citato art. 1, comma 93, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 27 dicembre 2017, n. 205.

⁹⁷ Si tratta dell'Ordinanza di convocazione di esperti (reg. ord. n. 167 del 2019) depositata in cancelleria il 27 febbraio 2020. La riforma delle norme integrative risale all'8 gennaio 2020 (in *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale* n. 17 del 22/01/2020)

⁹⁸ «Nella camera di consiglio del 27 maggio 2020, ai sensi dell'art. 14-bis delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, sono stati ascoltati esperti di chiara fama, 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»: così la ricostruzione contenuta nella sent. n. 164 del 2020. Nell'occasione sono stati sentiti gli esperti indicati nell'ordinanza 27 febbraio 2020, individuati nelle persone del prof. Elio Borgonovi e del dott. Vieri Ceriani.

⁹⁹ I titolari di tali posizioni disporrebbero di poteri di spesa e di acquisizione delle entrate e avrebbero la «responsabilità dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa

La complessa evoluzione della disciplina censurata trova giustificazione in esigenze di snellimento dell'assetto organizzativo delle Agenzie fiscali. Tale assetto non implica, per la Corte costituzionale, l'attribuzione di funzioni propriamente dirigenziali ai titolari delle POER. L'attribuzione del potere «di adottare atti e provvedimenti amministrativi, compresi gli atti che impegnano l'Agenzia verso l'esterno, i poteri di spesa e quelli di acquisizione delle entrate» è limitata ai poteri già rientranti nella competenza dei titolari degli uffici, e «la responsabilità dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati» non è «esclusiva» né «autonoma»¹⁰⁰. Da questi elementi emergerebbe una posizione di sostanziale subordinazione gerarchica rispetto ai dirigenti propriamente detti. La Corte conclude quindi nel senso che la caratteristica, la cifra, di tale figura è la *non stabilità* di essa, dato incompatibile con un passaggio di area o di ruolo, cui farebbe riscontro l'attribuzione di un nuovo *status*.

Con l'ordinanza 27 febbraio 2020 la Corte mette in azione lo strumento istruttorio appena introdotto dall'art. 14-*bis* N.I., offrendo alcuni prime indicazioni sulle caratteristiche dell'istituto di nuovo conio. Nell'ordinanza di *convocazione di esperti* la Corte formula i seguenti quesiti. La Corte ritiene «di dover acquisire ulteriori e specifiche informazioni in relazione alle *esigenze organizzative delle agenzie fiscali, alle mansioni assegnate al personale e alle modalità di selezione dello stesso, con particolare riferimento a presupposti e ricadute della introduzione delle cosiddette posizioni organizzative di elevata responsabilità*»¹⁰¹. Il problema centrale riguarda l'equiparabilità dei titolari di POER alla figura del dirigente e la compatibilità con le regole del pubblico concorso. Di primo acchito sembra si tratti di questioni di natura giuridica e quindi, in relazione ad esse, ogni acquisizione istruttoria sembrerebbe preclusa¹⁰².

Quattro quindi i quesiti: il primo relativo alla individuazione delle esigenze organizzative delle Agenzie fiscali che comportano la necessità di creare la nuova figura lavorativa (le POER appunto); il secondo relativo alla individuazione delle mansioni lavorative di tali posizioni assegnate; il terzo riguardante le modalità di selezione utilizzate per il reclutamento; l'ultimo quesito è relativo alla individuazione dei presupposti che hanno portato all'introduzione di tali figure nell'ambito delle agenzie fiscali e delle ricadute che questo determina nell'organizzazione delle stesse agenzie.

Il secondo e il terzo quesito sono di contenuto eminentemente giudico. Le mansioni assegnate al personale investito della posizione organizzativa di elevata responsabilità sono previste in modo specifico

mediante autonomi poteri di organizzazione delle risorse umane»: si tratterebbe in sostanza di poteri estranei a quelli tipici della terza area e tipici invece della qualifica dirigenziale. Cfr., al riguardo, gli artt. 4, comma 2, 16 e 17 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, oltre che il CCNL del personale delle Agenzie fiscali di data 28 maggio 2004.

¹⁰⁰ Corte cost., sent. n. 164 del 2020, 8 del *Considerato in diritto*.

¹⁰¹ Ordinanza di convocazione di esperti dd. 27 febbraio 2020 della Corte costituzionale.

¹⁰² L'art. 14-*bis* ragiona di «specifiche discipline» come oggetto dei quesiti da porre agli esperti: si tratta di una locuzione troppo ampia che in astratto potrebbe ricomprendere, come in dottrina si è osservato, anche quesiti di carattere giuridico «il che costituirebbe una deroga al consolidato principio del *jura novit curia*»: così M. LUCIANI, op. cit., 416. Si tratta di un principio unanimemente riconosciuto dalla dottrina processualistica: tra gli altri, e a mero titolo di esempio, P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 72 ss.

dalla legge istitutiva delle POER. È quindi necessario comparare mansioni propriamente dirigenziali e le mansioni spettante alle POER, alla luce anche del testo unico sul Pubblico Impiego. Sulla questione concernente la selezione delle POER, essa dovrebbe in linea di principio seguire la regola del concorso pubblico *ex art. 97, comma 4 Cost.*: si tratta ad ogni buon conto di una questione che si connota per il suo carattere irriducibilmente giuridico.

Sul primo e sull'ultimo quesito potrebbero forse affacciarsi dubbi. Le “esigenze organizzative” cui la Corte fa riferimento paiono riguardare aspetti di organizzazione del lavoro all'interno delle Agenzie, che rimandano all'idea di *management*. Non va a questo proposito pretermesso che l'art. 97, comma 2, Cost. prevede che «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione*». Il principio di buon andamento non va disgiunto (e non può essere disgiunto) dal concetto di efficienza dell'azione amministrativa. Il richiamo della Corte alle esigenze organizzative delle Agenzie non sarebbe dunque estraneo al perimetro del “buon andamento”. Il riferimento alle esigenze organizzative delle Agenzie svela la natura (per lo meno anche) giuridica della questione.

Si deve quindi valutare la funzionalità delle richieste rispetto alla risoluzione della questione sottoposta alla Corte. Due sono quesiti che sembrerebbero avere a che fare con la decisione finale: quello sulle mansioni assegnate alle posizioni organizzative in parola e quello sui meccanismi selettivi delle figure stesse. Si tratta dei quesiti dal contenuto spiccatamente giuridico¹⁰³. Gli altri due denotano una attenuata relazione con la decisione finale. Il quesito sulle *esigenze organizzative delle agenzie fiscali* e quello sui *presupposti e sulle ricadute della introduzione delle posizioni organizzative di elevata responsabilità* difficilmente possono essere oggetto di valutazioni rigorosamente “oggettive”, né sembrano rientrare a rigore nel paradigma di “scientificità” a cui la nuova norma sembra rinviare nel passo in cui fa esplicito riferimento ad «*informazioni attinenti a specifiche discipline*»¹⁰⁴.

Anche l'esatta perimetrazione del *thema probandum* appare del resto discutibile, in distonia con quanto la Corte ha mostrato di fare nel corso di istruttorie “tradizionali” attivate nel corso di giudizi in via principale e sopra diffusamente richiamate.

Il primo utilizzo dello strumento di recente introdotto avrebbe forse potuto o dovuto fornire l'occasione per alcuni chiarimenti relativi al suo utilizzo. Tra gli altri problemi procedurali si era posto quello della

¹⁰³ Nel novero delle norme processuali di carattere generale rientra il principio secondo cui le questioni giuridiche sono devolute al giudice e non possono esser oggetto di consulenza tecnica. Così Cassazione, sent. 22 gennaio 2016, n. 1186, che ragiona di un «consolidato e condiviso indirizzo»; in termini Cassazione, 6 dicembre 2019, n. 31886.

¹⁰⁴ Il riferimento è ancora all'art. 14-*bis* delle nuove norme integrative. Sul punto P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in www.federalismi.it, 22 gennaio 2020; M. LUCIANI, op. cit.; G. L. CONTI, *La Corte si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2020, 96; A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, 13 ss.

documentazione delle audizioni. La Corte esclude la verbalizzazione: “l’audizione” «avverrà solo in forma orale e sarà videoregistrata ad uso esclusivo della Corte»¹⁰⁵. L’attività viene “documentata”, ma tale documentazione è sottratta alle parti. Se si tratti di una decisione del caso singolo o se tale *iter* verrà replicato in futuro, non è dato sapere. Appare per lo meno inusuale delineare la procedura di volta in volta in assenza di criteri pre-stabiliti, anche in via giurisprudenziale. L’*iter* seguito non è per vero in sintonia con i principi processuali comuni secondo i quali il materiale istruttorio ha da essere necessariamente messo a disposizione delle parti del giudizio.

Anche il procedimento di scelta degli “esperti” non va esente da perplessità, non essendo esplicitati i criteri che hanno condotto all’individuazione di essi. L’assoluta mancanza di giustificazione della scelta operata è fonte di dubbi. Se la norma qualifica gli esperti *di chiara fama*, è chiaro che l’opzione va inquadrata nel perimetro normativo ed implica la necessità di dare in qualche forma conto della rispondenza del profilo prescelto al dettato normativo¹⁰⁶.

Guardando alla conclusione della vicenda, si può osservare che la decisione è del tutto muta sui contenuti delle audizioni, le quali non sembrano avere lasciato alcun segno tangibile nella cornice della decisione finale. Prova ne è che nella motivazione non compare alcun riferimento alla parentesi istruttorio. Vi è un’unica labile traccia –praticamente insignificante- in un passaggio avente ad oggetto l’evoluzione della disciplina di riorganizzazione delle Agenzie fiscali.

L’ipotesi più probabile è che l’audizione non abbia avuto influenza alcuna sull’epilogo della vicenda. Può essere anche accaduto che essa abbia fornito elementi utili di cui però la motivazione non ha dato conto. Il ruolo della giurisprudenza nella conformazione degli istituti processuali è decisivo. Nell’occasione che ci occupa, la Corte non ha dispensato indicazioni, di modo che il quadro che si delinea non pare molto tranquillizzante. L’auspicio è che la giurisprudenza cominci a delineare i contorni dell’istituto in modo tale da restituirne una immagine di maggiore trasparenza, di maggiore coinvolgimento delle parti, le quali devono poter prendere visione del materiale acquisto, di funzionalità rispetto alla decisione finale.

Va infine registrato un altro caso in cui la Corte ha disposto (ai sensi dell’art. 12 N.I.), nell’ambito di un giudizio in via incidentale, un’ordinanza istruttorio: si tratta dell’ordinanza n. 131 del 2021, emanata in data 24 giugno 2021, nell’ambito del giudizio sulla legittimità costituzionale delle disposizioni relative all’affidamento ai sistemi sanitari regionali della gestione dei ricoveri provvisori presso le residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (cosiddette REMS).

¹⁰⁵ Così la citata ordinanza della Corte dd. 27 febbraio 2020. Sul punto, cfr. A. IANNUZZI, op. cit., critico tra l’altro anche sulla scelta della camera di consiglio come sede di espletamento dell’incombente istruttorio.

¹⁰⁶ Sul punto A. SCHILLACI, *La “porta stretta”: qualche riflessione sull’apertura della Corte costituzionale alla “società civile”*, in www.diritticomparati.it, 31 gennaio 2020. Si potrebbe ad esempio immaginare un riferimento (anche in forma di allegato) al *curriculum vitae* dell’esperto

L'intervento della Corte è stato sollecitato da un giudice, che aveva disposto il ricovero di un imputato in una residenza per l'esecuzione di una misura di sicurezza, ma la misura era rimasta ineseguita a causa della carenza di posti disponibili nelle REMS. Il dubbio di costituzionalità investe le norme che affidano ai sistemi sanitari regionali la competenza a gestire tali strutture, in violazione dell'art. 110 Cost che affida al Ministro della Giustizia la competenza in materia "organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla giustizia"¹⁰⁷.

La Corte ha disposto l'acquisizione di una ampia gamma di dati e informazioni concernenti il funzionamento concreto delle REMS, introdotte nel 2012 in sostituzione degli OPG. L'istruttoria appare assai dettagliata e si articola in 14 punti. In essa si chiede tra l'altro di chiarire se esistano forme di coordinamento tra il Ministero della Giustizia, il Ministero della Salute, le ASL e i Dipartimenti di salute mentale volte ad assicurare l'effettiva esecuzione dei ricoveri presso le REMS; se sia prevista la possibilità dell'esercizio di poteri sostitutivi del Governo nel caso di incapacità delle Regioni di assicurare la tempestiva esecuzione di tali provvedimenti; se le difficoltà riscontrate siano dovute a ostacoli applicativi, inadeguatezza delle risorse finanziarie o ad altre ragioni che si chiede appunto vengano individuate¹⁰⁸.

Con tale ordinanza la Corte ha chiesto il deposito, da parte del Ministro della giustizia, del Ministro della salute e del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nonché del Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio, di relazioni funzionali a fornire informazioni circa le difficoltà registrate nell'applicazione concreta delle misure di sicurezza presso le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza¹⁰⁹. La Corte ha ritenuto opportuno non procedere alla convocazione di esperti, a seguito del deposito delle relazioni scritte, ritenendo di fatto sufficienti le sole informazioni assunte mediante la redazione delle relazioni.

Le richieste avanzate sembrano assai circostanziate e dettagliate: si può ipotizzare che non sarebbe stato inutile la contestuale convocazione di esperti, analogamente a quanto registrato nell'ordinanza n. 79 del

¹⁰⁷ Oggetto della questione sono dunque gli artt. 206 e 222 c.p. e l'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, iscritta al n. 110 del registro ordinanze 2020 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 38, prima serie speciale, dell'anno 2020. Cfr. sul punto, UFFICIO STAMPA CORTE COSTITUZIONALE, *REMS, la Corte dispone un'istruttoria sulle difficoltà di applicazione delle misure di sicurezza*, Roma, 24 giugno 2021. La rilevanza della questione non è sfuggita alla dottrina: si vedano in particolare le opportune considerazioni di E. OLIVITO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa o preannuncio di un monito, in anticipo su Strasburgo?*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2021, 1 ss. A seguito dell'istruttoria la Corte è giunta quindi alla decisione finale, la n. 22 del 2022, di inammissibilità con un forte monito al legislatore.

¹⁰⁸ UFFICIO STAMPA CORTE COSTITUZIONALE, *REMS, la Corte dispone un'istruttoria sulle difficoltà di applicazione delle misure di sicurezza*, Roma, 24 giugno 2021.

¹⁰⁹ Le informazioni richieste, raggruppate in 14 punti, dovranno essere fornite entro 90 giorni dalla comunicazione dell'ordinanza alle autorità destinatarie.

2021, al fine di fornire alla Corte un quadro più completo della realtà fattuale sottesa alla questione da decidere. Relazioni scritte, da una parte, illustrazione orale e chiarimenti di eventuali dubbi, dall'altra, forse avrebbero reso l'istruttoria ancora più produttiva ai fini della decisione¹¹⁰.

Solo due rapide considerazioni ulteriori, non tanto su quanto si è registrato nell'ambito dei giudizi in via incidentale, di cui si è già appunto dato conto, ma piuttosto indirizzate a ciò che *non* si è verificato nell'ambito di tale giudizio, e che aiuta a delineare un quadro di insieme.

Un elemento qualificante delle recenti modifiche alle norme integrative ha condotto alla previsione di un istituto inedito nel nostro panorama, quello degli *amici curiae*. Al di là del dibattito dottrinale che su tali modifiche si è sviluppato, ora vale la pena di volgere rapidamente l'attenzione al *come* esso si è invero nella prassi. Ovviamente la ricognizione che in questa sede interessa non coinvolge i contenuti degli interventi degli *amici curiae* o il loro impatto sul processo o una prognosi sullo sviluppo dell'istituto, ma semplicemente è volta a verificare se, mediante il contributo degli *amici curiae*, si sia arricchito il processo costituzionale di ulteriori *materiali istruttori*. Ci si poteva attendere che attraverso questo istituto si potessero veicolare anche apporti di natura tecnico-scientifica in relazione alle questioni *sub iudice*: si tratta di un possibile filo rosso della complessiva recente riforma delle norme integrative per i giudizi di fronte alla Corte costituzionale¹¹¹.

Se si guarda alla prassi successiva all'introduzione delle modifiche si può invece constatare che gli interventi, non peraltro molto numerosi né particolarmente incisivi a quanto consta, non hanno contribuito al processo costituzionale nell'ottica che sarebbe stato verosimile attendersi. Da una ricognizione molto recente emerge che tali apporti non hanno mai introdotto elementi istruttori significativi, riducendosi in fin dei conti ad interventi di mera opinione¹¹². Stando così le cose, in effetti, si può condividere l'opinione secondo cui il bilancio sull'istituto degli *amici curiae* non può al momento dirsi positivo “sia per il numero esiguo di decisioni (11 in tutto) in cui trovano spazio le loro argomentazioni, sia per lo spazio ad esse riservato”¹¹³. Oltre alla mancanza di introduzione di significativi elementi di giudizio, pure la cornice processuale ha mostrato qualche crepa. Non solo i casi in cui la Corte

¹¹⁰ Lo evidenzia 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., 147.

¹¹¹ Sul punto M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione giustizia*, 4/2020, 123, la quale ricostruisce anche la giurisprudenza della Corte Edu sul punto, che evidenzia la presenza di contributi di carattere scientifico veicolati con lo strumento processuale dell'*amicus curiae*.

¹¹² Tutti i casi che si sono registrati sono passati in rassegna da A. AMATO, *Amici... a metà. Primo bilancio dell'“ingresso” degli amici curiae nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta OnLine*, III/2021, 805 ss. Per una ricostruzione dei vari casi di intervento degli *amici curiae* si veda ancora il contributo di 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., 129 ss.

¹¹³ Ancora A. AMATO, op. cit., 811, il quale rileva che “solo in 5 delle 11 decisioni in parola si dà conto nel *Considerato in diritto* del deposito di *opiniones* e, addirittura, solo in due casi (sentenze n. 260 del 2020 e 39 del 2021) la motivazione della Corte fa leva anche sulle considerazioni svolte dagli *amici curiae*, peraltro sempre unitamente alle argomentazioni del rimettente e delle parti costituite”.

ha negato accesso agli *amici curiae* non sono corredati da una specifica motivazione, ma, nei procedimenti ove l'intervento è stato ammesso, le relative decisioni sono quasi del tutto sprovviste di specifici riferimenti ai contenuti degli interventi. Il che significa che essi sono stati ininfluenti, oppure che ad essi non si è fatto alcun riferimento, diversamente da quanto prevedono i canoni processuali secondo cui nella motivazione della sentenza devono trovare spazio i contributi istruttori che costituiscono il retroterra necessario della decisione finale.

4. Conclusioni

Va innanzitutto preso atto del fatto che l'istruttoria ha dimostrato una indubbia maggiore vitalità nel contesto del giudizio in via principale. Le ragioni di ciò possono essere varie. In relazione alla decisione di procedere ad una fase istruttoria, non si può negare che i casi esaminati suggeriscano che si tratti di una scelta a cui non sia estranea una particolare sensibilità del giudice che viene dal Presidente designato come "relatore". Non solo nel giudizio definito con sent. 188 del 2016 il giudice relatore era stato lo stesso dell'immediato antecedente, la più volte citata sent. 155 del 2015, ma pure la successiva sentenza n. 197 del 2019, contenente in allegato l'ordinanza istruttoria, e la sent. n. 62 del 2020, che chiude il procedimento, sono redatte ancora dallo stesso giudice¹¹⁴. Siamo al cospetto di un ambito ove il ruolo del Giudice relatore assume una indiscutibile valenza. Se si tratti di una parentesi che si chiude con il mandato del giudice oppure se sia formata una prassi che, al cospetto di questioni che abbiano determinate caratteristiche, possa dirsi "introiettata" dalla Corte nella sua collegialità, è un dato che solo lo sviluppo successivo della giurisprudenza potrà fornire. Di certo in questo frangente le technicalità legate ai rapporti finanziari tra Stato e Regioni potrebbero rivestire un ruolo decisivo in relazione all'esperienza di altre istruttorie similari. Anche in questo specifico contesto, la pluralità che la composizione della Corte esprime potrebbe fare sì che alcune proposte di alcuni Giudici relatori, avallate per vero dal Collegio, non vadano disperse, creando soluzioni di continuità che non giovano allo sviluppo lineare della giurisprudenza costituzionale. La recente ordinanza n. 79 del 2021 suona come conferma di quanto osservato avendo la Corte disposto una istruttoria che in qualche misura si pone nel segno della continuità rispetto alle decisioni che si sono ricordate. Si tratta di una iniziativa che va guardata con favore.

Le pronunce che si sono passate in rassegna potrebbero determinare una rivitalizzazione della fase istruttoria nel contesto del giudizio costituzionale, in particolare in via principale. Si tratta di una prassi che potrebbe avere effetti sull'assetto del contenzioso Stato Regioni. Ci si può limitare ad osservare come spesso si sia registrata, soprattutto da parte delle Regioni, una certa difficoltà nel venire in possesso di dati su cui si basano le leggi statali di volta in volta impugnate, in ipotesi fondate su dati non

¹¹⁴ Si tratta, come noto, del giudice Aldo Carosi.

corrispondenti alla realtà, come accaduto nel caso deciso con la sent. n. 188 del 2016. Superare i dubbi sui flussi finanziari attraverso mirate acquisizioni istruttorie condurrebbe a rendere *justiciable* anche un'area molto complessa ma di straordinaria importanza: quella dei rapporti finanziari tra Stato e Regioni. Gettare luce su tali rapporti non sarebbe solo strumentale a garantire che i finanziamenti di cui le autonomie locali dispongono siano conformi alla Costituzione e alle norme di contabilità pubblica che tali flussi governano, ma sarebbe pure decisivo nella prospettiva di una garanzia *effettiva* di diritti di primaria importanza: il diritto alla salute e in definitiva anche l'eguaglianza tra cittadini¹¹⁵.

Nell'ambito del processo incidentale, la discrezionalità della Corte è indubitabilmente (più) elevata¹¹⁶. Il ruolo delle parti è certamente defilato, quasi sempre estraneo alla fase istruttoria. Una dialettica plurale, realizzata anche per mezzo di una maggiore apertura nei confronti dei terzi intervenienti, non solo potrebbe arricchire il materiale a disposizione della Corte, ma potrebbe introdurre nel processo la voce di soggetti portatori di interessi anche diversi da quelli delle parti costituite, ma interferenti con la questione di legittimità *sub judice* e in grado di introdurre nel giudizio prospettive nuove. La prassi è avara di indicazioni su eventuali sollecitazioni provenienti dalle parti costituite aventi ad oggetto iniziative istruttorie.

Una ventata di novità potrebbe portare la previsione dell'audizione di esperti, codificata dall'art. 14 *bis* delle N.I. Si tratta di una modifica che di fatto non aggiunge nulla ai poteri istruttori della Corte, che non escludono alcuna iniziativa istruttoria della Corte (anche nella forma di prove "atipiche"). Le recenti ordinanze del 2021 (nn. 79 e 131) suonano come conferma del fatto che l'istruttoria tradizionale può sostituire, come il più comprende il meno, l'audizione di esperti. Forse, nell'introduzione di uno strumento più snello, l'intendimento era quello di evitare ipotesi di istruttorie del tutto de-formalizzate, che rischiavano di oscurare le venature processuali del giudizio di costituzionalità. Il coinvolgimento di esperti rinvia a problemi di carattere scientifico, come è ovvio e come in dottrina non si è mancato di rimarcare¹¹⁷. Se l'istituto degli *amici curiae* ha avuto un certo sviluppo, l'audizione di esperti è rimasta quasi lettera morta. Anzi, l'unica manifestazione di tale strumento istruttorio non sembra particolarmente promettente nella sua prospettiva di un utilizzo "a regime". Nell'unico caso in cui agli esperti si è fatto ricorso, la fattispecie non riguardava per vero tematiche di carattere spiccatamente scientifico, come da

¹¹⁵ Si tratta di una prospettiva coltivata, a più riprese, dalla Corte costituzionale nella sent. n. 62 del 2020; sul punto, a conclusione di una analisi puntuale, M. TROISI, *Le pronunce che costano*, cit., 199 ss.

¹¹⁶ Se ampia è la discrezionalità della Corte, è anche vero che le risultanze dell'istruttoria hanno di converso attitudine a presentarsi come "limiti" rispetto a tale discrezionalità: in tale senso uno spunto in M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nel giudizio sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 556.

¹¹⁷ Tra gli altri, sul punto insiste in particolare A. IANNUZZI, *La Camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2020, 13 ss. Rimarca il nesso tra istruttorie e profili scientifici delle questioni di costituzionalità V. MARCENO', *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 393 ss.

più parti preconizzato e anche auspicato, né di carattere eminentemente “tecnico”. Per di più si è trattato di un utilizzo denso di problematicità nella misura in cui l’impiego del mezzo istruttorio ha abdicato a diversi principi processuali, *in primis* quello che vuole le questioni di diritto di stretta spettanza dell’organo giudicante, per definizione non suscettibili di essere devolute a consulenti tecnici o “esperti”. Anche sotto un profilo procedimentale le deviazioni da stilemi processuali consolidati non sono state insignificanti: da una parte la documentazione dell’audizione non è stata resa disponibile per le parti e, dall’altra, la motivazione della sentenza non ha recato che un remoto riferimento al contenuto dell’audizione disposta. In relazione all’ord. n. 131 del 2021, l’impiego di una istruttoria tradizionale, in un caso che forse avrebbe consentito anche il ricorso all’audizione di esperti, sta forse a dimostrare la consapevolezza della Corte in ordine a problemi ancora irrisolti che l’audizione di cui all’art. 14 *bis* N.I. porta con sé. Se si fosse fatto ricorso all’audizione di esperti ed essi avessero suffragato l’audizione con documenti contenenti ad esempio dati che mal si prestano ad una illustrazione solo orale, *quid iuris* di tale documentazione? Si tratta di un punto che andrebbe risolto dato che, se le questioni su cui gli esperti si pronunciano sono per definizione complesse, va da sé che un supporto cartolare all’audizione sarebbe particolarmente utile. Se già è assai problematica una verbalizzazione ad esclusivo uso della Corte, come nel caso deciso con la sent. n. 164 del 2020, sembrerebbe assolutamente fuor d’opera il fatto che i documenti eventualmente allegati dagli esperti in occasione dell’audizione di fronte alla Corte fossero poi sottratti alla conoscenza delle parti.

Sugli *amici curiae* è certo prematuro pronunciarsi, ma occorre constatare che, al momento, si tratta di un istituto che non ha particolarmente arricchito il processo costituzionale sotto il profilo della disponibilità del materiale istruttorio, soprattutto di carattere tecnico-scientifico¹¹⁸. Su questo terreno, come già osservato, va maturata a livello diffuso una conoscenza dell’istituto che ancora probabilmente difetta, come difetta anche una consapevolezza delle potenzialità che esso schiude agli enti esponenziali di interessi, che potrebbero disporre di un canale di comunicazione difficilmente paragonabile con altri strumenti.

Vi è lo spazio solo per alcune rapide conclusioni.

1. Giudizio in via principale e giudizio in via incidentale seguono strade assai diversificate in relazione alla fase istruttoria del giudizio. Il giudizio in via principale rivela un inedito attivismo, di cui non è facile preconizzare la stabilità nel tempo, anche se vi sono segnali in questo senso, come la recente ordinanza

¹¹⁸ Lo strumento sembrerebbe prestarsi a tale tipo di introduzione di materiale, anche stando al tenore letterale del nuovo art. 4 *ter*, comma 3, della Norme integrative: “Con decreto del Presidente, sentito il giudice relatore, sono ammesse le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza del caso, anche in relazione alla sua *complessità*” [mio il corsivo]. Pare evidente che la questione “complessa” sia soprattutto la questione che pone (anche e forse soprattutto) problemi di carattere tecnico scientifico.

n. 79 del 2021 sembra dimostrare. Il giudizio in via incidentale si rivela sotto il profilo dell'istruttoria, più stagnante, come forse è naturale che sia in conseguenza della sua natura e della sua struttura.

2. Il pacchetto di modifiche processuali del 2020 potrebbe essere anche letto alla stregua di un tentativo di introitare, *soprattutto* nel giudizio incidentale, materiale probatorio, come dalla dottrina a più riprese auspicato. Di certo a questo fine mira l'introduzione dell'istituto dell'audizione di esperti di chiara fama. Anche l'accoglimento nel nostro ordinamento dell'istituto dell'*amicus curiae* può essere funzionale a veicolare l'ingresso nel processo costituzionale di pareri tecnici qualificati, riguardanti questioni "complesse". Anche la cristallizzazione della disciplina dell'intervento di terzi, se pure ricognitiva della giurisprudenza, contenuta appunto nella nuova versione delle norme integrative, può essere riguardata nella prospettiva di un progressivo ampliamento delle maglie dell'intervento dei terzi nel giudizio, con ricadute positive anche sul versante probatorio, nella misura in cui tra i due profili vi è una indubbia interconnessione, del resto rimarcata dalla dottrina¹¹⁹. La combinata azione dei *soggetti interessati*, sul versante dell'istituto dell'*amicus curiae*, e della Corte stessa con riguardo alle audizioni di esperti, potrebbe avere effetti non insignificanti sul versante dell'arricchimento del materiale istruttorio a disposizione del Giudice delle leggi. Un ampliamento della base conoscitiva non può che giovare alla linearità e alla coerenza di un processo decisionale le cui scansioni dovrebbero essere sempre trasparenti e verificabili, atteso il valore ordinamentale di cui che il giudizio sulle leggi è inevitabilmente intriso.

3. Che le difficoltà della Corte siano maggiori nel giudizio incidentale non desta meraviglia, atteso che tutto il peso delle iniziative istruttorie finisce per gravare sulla Corte stessa, mentre nel giudizio in via principale il peso risulta condiviso con le parti del giudizio. Se questo è vero in via tendenziale, va però rimarcato che la recente prassi del giudizio in via di azione dimostra che l'iniziativa delle parti di fatto non è molto appariscente né sempre decisiva. Se nel caso sfociato nella sentenza n. 188 del 2016, i temi di prova, pur non formalizzati in specifiche istanze, erano stati in qualche misura "tematizzati" dalla Regione ricorrente, nel più recente caso relativo alla Regione Siciliana il motore dell'azione istruttorio è da individuare nella stessa Corte, che ha voluto gettare luce sulla complessa trama di rapporti finanziari tra Stato e Regione Siciliana con un attivismo che (non a caso) non è andato esente da critiche in dottrina¹²⁰.

¹¹⁹ Sul progressivo ampliamento dell'intervento di terzi da ultimo M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, cit., 124 ss. Sembra opportuno quindi insistere in una progressiva dilatazione delle maglie dell'intervento di terzi al fine di aprire il processo, oltre che a ulteriori interessi, con arricchimento della dialettica processuale, anche ad un *surplus* di acquisizioni di notizie e dati funzionali ad una conoscenza migliore della situazione di fatto che fa da sfondo alla legge o che ne costituisce presupposto giustificativo o ne illumina le conseguenze in ipotesi fonte di incostituzionalità.

¹²⁰ Si tratta di una prospettiva adottata da A. MORRONE, *La "visione" trascendente dei Lea e la realtà del Ssn. Critica su processo e merito nelle sentt. nn. 197/2019 e 62/2020 della corte costituzionale*, 9 ss. Che si condivida o no l'approccio critico, non si può misconoscere che l'istruttoria disposta ha determinato una "esposizione" della Corte costituzionale che suona come conferma dei potenziali rischi dell'attivismo "istruttorio" nel caso esibito dal Giudice delle leggi.

Nel giudizio in via incidentale il peso delle scelte grava tutto sulla Corte. Proprio per questo è stato forse introdotto uno strumento più flessibile come l'audizione di esperti, il cui sfortunato primo impiego non ne giustifica una eclissi troppo prolungata. Gli strumenti processuali vanno messi alla prova e fatti oggetto di applicazione: tenuto conto del fatto che la disciplina normativa è essenziale, un impiego più assiduo dello strumento potrebbe delinearne in modo più puntuale la fisionomia rendendone il tracciato più definito e meno esposto a decisioni caso per caso.

In ogni caso non va trascurato che la teoria generale del processo ha dimostrato che, anche nei processi comuni, l'iniziativa officiosa del giudice non ne offusca certo la coerenza con i principi che governano il "giusto processo". Se questo è vero in generale, può valere a maggiore ragione per la Corte costituzionale: nel giudizio incidentale, di norma l'iniziativa delle parti è del tutto recessiva, e quindi è probabile che le istanze istruttorie non maturino se non in seno alla Corte; nel giudizio in via principale, invece, le parti possono giocare un ruolo importante, e ora ancora più importante sulla scorta delle recenti iniziative della Corte stessa, anche se è vero che la venatura oggettiva del giudizio non rende in ogni caso eccentrica l'iniziativa officiosa¹²¹. La posizione istituzionale della Corte, la sua natura, la sua composizione, la sua storia, costituiscono elementi che sembrano allontanare ogni ombra sull'utilizzo di poteri officiosi in ambito istruttorio. Nondimeno, a un più intenso utilizzo di tali strumenti in via "officiosa" dovrebbe fare da contraltare una motivazione adeguata in relazione alle scelte compiute. Se è vero che iniziative istruttorie mirate sembrano trovare in se stesse la loro ragione giustificatrice, è anche vero che se le acquisizioni di esse si raccordassero con le varie scansioni della motivazione, nella prospettiva di una coerente giustificazione della decisione assunta, il cerchio parrebbe chiudersi e ogni timore di attenuazione dell'imparzialità della Corte tenderebbe a dissolversi¹²².

4. Il panorama sull'attività istruttoria conduce poi a tentare due operazioni: da una parte a verificare quale sia lo stato dell'arte e quali le prospettive; dall'altra parte a riprendere il discorso della natura giurisdizionale dell'attività della Corte. Sotto il primo aspetto occorre osservare che il "posto" che la fase istruttoria occupa nei giudizi sulle leggi non è certo di "centralità". Le due sedi di giudizio potrebbero in qualche misura conoscere una convergenza nella prospettiva di un certo "incremento" delle iniziative istruttorie se, nei giudizi in via principale, si protraesse la tendenza a praticare istruttorie e se, nel giudizio incidentale, gli strumenti di recente introdotti producessero gli effetti auspicati dalla dottrina e forse anche

¹²¹ Si tratta di una impostazione che pare trovare conferma nella istruttoria disposta con ordinanza n 131 del 2021, che pare invero ineccepibile rispetto al problema *sub judice*.

¹²² Per la Corte costituzionale il discorso non è molto diverso rispetto a quello che si può rilevare con riguardo all'attività giurisdizionale: in relazione ad essa si è constatato che "i rimedi contro il pre-giudizio del giudice", più che nell'assenza di poteri officiosi, "consistono nella piena attuazione del contraddittorio delle parti [...] e dalla necessità che egli rediga una motivazione analitica e completa, razionalmente strutturata sulla base di giustificazioni controllabili, della decisione sui fatti" (così M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., loc. cit.).

sottesi alla scelta operata dalla Corte stessa in sede di modifica delle Norme integrative. Nel caso degli esperti di chiara fama l'utilizzo dello strumento dipende in larga misura dalla Corte stessa e dalla sua capacità di dare una disciplina allo strumento di nuovo conio; nel caso degli *amici curiae* l'iniziativa spetta per lo più ai soggetti interessati, di norma enti esponenziali di interessi.

Più in generale si può constatare che la giurisprudenza non si è mossa in sintonia con le aspettative della dottrina. In particolare l'insistenza della dottrina su iniziative istruttorie aventi ad oggetto profili tecnico-scientifici delle questioni *sub judice* è stata largamente disattesa. Nemmeno il tentativo di rendere tale via più agevolmente praticabile con la possibilità di sentire esperti di chiara fama ha condotto a questo risultato. Non è facile comprendere la riluttanza della Corte nel senso indicato. Di certo la possibilità, o probabilità, che su ogni tematica a sfondo scientifico, si possano delineare una pluralità di opinioni, talvolta tutt'altro che convergenti, appare come una spiegazione plausibile della ritrosia della Corte a procedere in questo senso. Il coinvolgimento di esperti, invero, e la loro previa individuazione, potrebbero in definitiva mettere una seria ipoteca su quella che sarà la decisione finale, essendo pacifico che le opinioni dei "tecnici", anche su questioni strettamente scientifiche, sovente si presentano tutt'altro che univoche, talvolta denotando diametrali contrapposizioni¹²³.

Di converso appare anche degno di nota che il filone istruttorio che ha preso avvio nella sede del giudizio in via principale si concentri su un aspetto, quello delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, che non era di norma stato pensato come terreno di elezione per approfondimenti istruttori. L'aver praticato tali iniziative in un ambito per l'innanzi praticamente sconosciuto e che nemmeno era stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina, dimostra ancora una volta la estrema vitalità della giurisprudenza della Corte. Si tratta di un terreno anche scivoloso, quello delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, dove i confini tra questioni processuali, di merito e di politica costituzionale della Corte, finiscono inevitabilmente per diventare evanescenti¹²⁴.

5. Ultimo spunto attiene al problema dell'istruttoria, riguardato nella prospettiva della qualificazione dell'attività della Corte¹²⁵. Tra i vari elementi che vengono additati per accreditare l'indole giurisdizionale della Corte vi è anche la presenza di una fase istruttoria, come si è cercato di evidenziare nella parte iniziale del presente contributo. Si tratta di una fase che è consustanziale allo svolgimento di qualsiasi attività

¹²³ Si tratta di un ragionamento sviluppato da ultimo da M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, il quale osserva, del tutto condivisibilmente: "premesse teoriche diverse e diverse metodologie, così come diversi pre-giudizi, conducono a non meno diversi risultati e "la" risposta tecnico-scientifica raramente può declinarsi, davvero, al singolare (anzi i casi in cui ciò accade sono proprio quelli in cui meno si ha bisogno di consultare chicchessia". Si tratta di una tematica di vasto respiro, che costituisce uno dei fili conduttori del volume di T. S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, 1962, trad. it., 1969, Einaudi, Torino, 23 ss.

¹²⁴ Come è testimoniato dal contributo di A. MORRONE, *La "visione" trascendente dei Lea e la realtà del Ssn. Critica su processo e merito nelle sentt. nn. 197/209 e 62/2020 della corte costituzionale*, 9 ss.

¹²⁵ Il problema è messo a fuoco da R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua più recente giurisprudenza*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2007.

giurisdizionale, pur conoscendo una pluralità di paradigmi a seconda della tipologia di processo nell'ambito di cui si colloca. La fase istruttoria del processo costituzionale, così come *vive* nel sistema, assume una fisionomia tale da connotare il giudizio di costituzionalità come vero e proprio processo? Qualche dubbio è lecito sollevare anche se la risposta, come spesso accade a fronte di una realtà giurisprudenziale variegata e complessa, non può essere univoca¹²⁶. Il comune denominatore dell'istruttoria nel processo costituzionale è la sua rarità ed episodicità. Il “posto” che l'istruttoria ha nei giudizi sulle leggi è in linea di massima modesto. La recente modifica delle N.I. può essere letta anche come un tentativo di rendere meno marginale la fase istruttoria del giudizio, soprattutto nell'ambito di quello incidentale.

Gli elementi di incertezza vengono alimentati anche dal fatto che, al netto di queste premesse, il discorso assume connotazioni diverse in relazione alle due tipologie di giudizio. Nel giudizio in via principale le istruttorie compiute, anche se di recente limitate ad una specifica area, sono sembrate sufficientemente lineari come svolgimento, tendenzialmente ispirate ai principi generali del diritto processuale. Nel giudizio in via incidentale le iniziative sono state molto rare ed episodiche, e nemmeno molto in asse con le regole processuali generalmente riconosciute.

Va peraltro osservato che forse ancora più vistose sono le “omissioni” che la giurisprudenza costituzionale nel suo complesso disvela, non essendosi dato corso a fasi istruttorie anche al cospetto di situazioni che avrebbero richiesto un *surplus* di “conoscenza”. In primo luogo va posto l'accento sull'assenza –praticamente assoluta- di istruttorie di natura tecnico scientifica in tutte le questioni che hanno coinvolto ad esempio questioni etiche, fortemente interconnesse con profili tecnico-scientifici¹²⁷. Pur in apparenza prestandosi tali tematiche ad approfondimenti istruttori, la Corte non ha mai dato corso ad essi. Lo strumento di nuovo conio, dell'audizione di esperti, in qualche modo meno “impegnativo” per la Corte, potrebbe costituire l'occasione propizia per una inversione di tendenza.

Anche in casi ove l'istruttoria avrebbe riguardato tematiche non certo incidenti su temi particolarmente sensibili o divisivi, come appunto dati contabili, finanziari e di bilancio, la Corte non ha preso in considerazione la possibilità di procedere ad una fase istruttoria. Caso emblematico, e da prendere come esemplificativo, è quello deciso con la sent. n. 10 del 2015, ove tali acquisizioni avrebbero potuto essere

¹²⁶ Non è un caso che, a conclusione di un ampio lavoro in tema, si sia giunti a ragionare di un “modello istruttorio dalle venature spiccatamente “politiche” [...] anche se “coperto” da forme (o formalità) processuali”: così G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., 303: in effetti si tratta di una conclusione difficilmente revocabile in dubbio.

¹²⁷ Si tratta di un profilo da più parti rimarcato: sul punto M. D'AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili”, fra Corte, giudici e legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 5 novembre 2015; e ID., *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 costituzionale*, 1/2020, 266 ss. Lo stesso discorso si può fare in relazione ai casi che hanno coinvolto conoscenze in ambito medico, ove pure è mancato qualsiasi accertamento di tipo istruttorio.

decisive nella prospettiva di fornire giustificazioni ad una scelta processuale molto discussa (e discutibile). L'istruttoria relativa alla prognosi sugli effetti in bilancio dell'incostituzionalità della cosiddetta *Robin tax* avrebbe fornito elementi decisivi in ordine alla plausibilità di una deviazione significativa da norme processuali di rilevanza costituzionale. Si tratta di una pronuncia ove l'istruttoria quasi certamente avrebbe potuto dare indicazioni risolutive sulla necessità della limitazione nel tempo degli effetti della pronuncia in ragione dell'esigenza della salvaguardia dell'equilibrio di bilancio (dovendosi al riguardo semplicemente comparare di dati del bilancio con la prognosi relativa alle ricadute finanziarie delle eventuali restituzioni conseguenza della pronuncia di incostituzionalità)¹²⁸.

Tutto ciò dimostra che, almeno nel giudizio incidentale, la Corte tende ad allontanarsi dagli stilemi consolidati della attività giurisdizionale strettamente intesa. L'istruttoria è una componente essenziale del processo, ma nel giudizio sulle leggi tale fase appare piuttosto latente, pur essendo numerose le occasioni ove il processo decisionale potrebbe utilmente nutrirsi di acquisizioni istruttorie¹²⁹.

Incrementare il ricorso all'istruttoria in fin dei conti non farebbe poi che alimentare la legittimazione della Corte costituzionale nel sistema: come in dottrina si è rimarcato, tale legittimazione non risiede solo nella «organizzazione costituzionale» e nei «modi di composizione dell'organo», ma piuttosto «nei modi in cui esso esercita la sua azione»¹³⁰, in alcuni casi suscettibile di essere messa in discussione (anche) in ragione della carente base conoscitiva delle decisioni assunte, che finisce per rendere più opaco il processo decisionale seguito dalla Corte¹³¹.

¹²⁸ Sul punto, con ampia argomentazione, D. STEVANATO, *“Robin Hood Tax”: un'incostituzionalità a “futura memoria”*, in *Dialoghi tributari*, 1/2015, 50 ss. Premesso che “la restituzione di un'imposta dichiarata incostituzionale abbia o possa avere un impatto anche rilevante sul bilancio dello Stato, richiedendo manovre aggiuntive, è certamente vero e per certi aspetti è anche una cosa ovvia”, l'Autore constata che questo “non è affatto un esito scontato”; “il principio dell'equilibrio del bilancio (che non equivale ad un rigido «pareggio contabile») è compatibile con deficit congiunturali o anche con avanzi sempre congiunturali”. “Quel che veramente non si comprende –prosegue l'Autore- è perché mai «uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva» dovrebbe determinare una «grave violazione» dell'art. 81 e del principio di equilibrio di bilancio: la violazione si avrebbe [...] se il Parlamento non adottasse alcuna manovra di aggiustamento”; è quindi “solo in caso di inerzia delle autorità politiche che si avrebbe al limite una violazione del principio dell'equilibrio del bilancio, ma in tal caso la violazione non dipenderebbe dagli effetti «naturalmente» retroattivi della pronuncia di incostituzionalità della legge tributaria, quanto dalla mancata adozione di una manovra finanziaria compensativa” (54).

¹²⁹ Basti al riguardo por mente alla casistica a suo tempo passata in rassegna da A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi sui conflitti*, cit., loc. cit.

¹³⁰ V. ANGIOLINI, *La Corte senza il “processo”, o il “processo” costituzionale senza processualisti?*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, 25.

¹³¹ Il riferimento è, ancora, a Corte cost., sent. n. 10 del 2015.