



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

TRENT'ANNI DOPO: IL PROCESSO COSTITUZIONALE NELLA NEBULOSA\*

MARCO BIGNAMI\*\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Trent'anni fa. – 3. Processo e procedimento. – 4. Il caso del governo degli effetti temporali delle decisioni come sintomo della nebulosa. – 5. Una formula magica: l'effettività della tutela. – 6. Gli esperimenti processuali non indeboliscono la Corte. – 7. Crisi del processo e crisi del giurista. – 8. Nulla è cambiato? – 9. Gli *amici curiae*. – 10. Gli esperti.

### 1. Premessa

Nell'approcciarmi al tema che mi è stato affidato, confesso di avere provato un certo imbarazzo.

Ragionare sul processo costituzionale oggi significa, inevitabilmente, tornare con il pensiero all'ormai remoto periodo, compreso tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, durante il quale apparvero gli studi pionieristici di G. Zagrebelsky<sup>1</sup> e M. D'Amico<sup>2</sup>, e si cominciò a prendere sul serio la necessità che la Corte costituzionale si comportasse da giudice, ovvero applicasse con rigore la "propria" normativa processuale.

Ebbene, se si pensa alle acquisizioni dogmatiche di allora, e le si pone a confronto con le problematiche poste oggi sul tavolo<sup>3</sup>, non pare davvero che, nella prospettiva della

---

\* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

\*\* Magistrato del Tribunale Amministrativo Regionale Lazio.

<sup>1</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in G. CATTARINO (a cura di), *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990.

<sup>2</sup> M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991

<sup>3</sup> Le riassume F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2020

Corte e dei suoi studiosi, si siano compiuti passi in avanti decisivi, come a quei tempi si sperava e ci si aspettava.

Svolgerò allora alcune considerazioni, solo per cenni e senza certamente illudermi di dire cose nuove: quello che allora era patrimonio di pochi è divenuto conoscenza di tutti, ed è forse questo l'unico fattore che è davvero cambiato nel (o meglio: intorno al) processo costituzionale.

## 2. Trent'anni fa

Riassumiamo, allora, le tematiche che videro la luce trent'anni fa circa.

*In primo luogo*, si cercò a quei tempi di distinguere il processo (costituzionale) dal procedimento, sottolineando che solo nel primo al giudice si impone l'osservanza di disposizioni inderogabili, che l'organo è tenuto a rispettare, quale che sia il contenuto che potrebbe assumere una decisione di merito. Nel procedimento, viceversa, le norme si applicano se sono di aiuto a definire la fattispecie nel modo più opportuno, e altrimenti si accantonano.

Da giovane dottorando di diritto costituzionale, provai a sintetizzare il concetto in una formuletta, che ripropongo oggi come uno scioglilingua: il processo è utile finché vincola (e se non vincola, cessa di essere utile); il procedimento vincola finché ciò è utile (e se non è utile, cessa di vincolare)<sup>4</sup>.

*In secondo luogo*, si mise in luce che, nel tormentato monologo tra anima giurisdizionale e anima politica della Corte, sarebbe stato opportuno volgere perlomeno le norme processuali verso il primo corno, allo scopo di favorire la corsa della tutela costituzionale dei diritti, secondo una prospettiva più marcatamente soggettiva<sup>5</sup>.

*In terzo luogo*, si aggiunse che questo era il solo modo di preservare il ruolo della Corte nella forma di governo, perché, altrimenti, il vento della politica avrebbe, alla fine, spazzato via le velleità di un organo (onnipotente), privo di diretta investitura democratica, di supplire al vuoto dei processi di integrazione politica propriamente intesi<sup>6</sup>.

*Infine*, si trovò il modo di sottolineare che per questa via la stessa dottrina avrebbe guadagnato un ruolo determinante, perché le sarebbe spettato di vigilare sul tasso di predittività delle decisioni della Corte, meno agevolmente assicurabile laddove se ne fosse voluto saggiare la tenuta sul piano della risoluzione del merito delle questioni<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> M. BIGNAMI, *Considerazioni introduttive su processo e giustizia costituzionale*, in *Jus*, 1994, 83.

<sup>5</sup> Si veda ora la ricapitolazione di R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in ID. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017.

<sup>6</sup> C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in P. BARILE, E CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 63 ss. *Ivi*, anche F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo* e G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, 19 ss.

<sup>7</sup> M. BIGNAMI, *Considerazioni cit.*

Tornati ai giorni nostri, non pare che il confronto tra gli studiosi a proposito del processo costituzionale, pur rilanciato dalla recente riforma delle norme integrative, si sia mosso dai punti che si sono appena esposti.

Se ne potrebbe allora concludere che viviamo sempre nel medesimo universo, e che il dibattito passa per le stesse, immutabili coordinate che assume la rotazione dei pianeti intorno al sole.

Eppure, se si aguzza lo sguardo, è possibile domandarsi se la nostra fotografia astronomica solo in apparenza sia immodificata, ovvero solo se si concentra l'attenzione appunto sulla posizione del sole (la Corte), quando invece, a spostare l'occhio su ciò che lo circonda, le novità al contrario vi siano, e siano anche rimarchevoli.

Ripensiamo ai 4 punti che si sono appena elencati.

### **3. Processo e procedimento**

La distinzione tra processo e procedimento certamente resta vitale, ma la nozione stessa di tali istituti, nel corso di queste tre decadi, è profondamente mutata.

Quando i costituzionalisti iniziano ad occuparsi seriamente del tema del processo costituzionale, appunto nel crepuscolo degli anni '80, la legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo non aveva ancora visto la luce, e, comunque, non aveva ancora potuto raggiungere quella piena maturità che oggi non è possibile non riconoscerle, anche sul piano della cogenza nei confronti della pubblica amministrazione.

Il controllo giurisdizionale sull'attività procedimentale è giunto ad essere così puntuale (si pensi alla crescente valorizzazione dell'art. 10 *bis*, ovvero alla giustiziabilità dell'omesso soccorso istruttorio, sempre più spesso affermata dalla giurisprudenza amministrativa), che davvero non è più sostenibile che le norme sul procedimento vincolano solo fino ad un certo, ragionevole punto, e possono, oltre quella linea, essere affievolite.

Ma, se il procedimento è cambiato nel senso di una sempre più accentuata capacità costringitiva per l'amministrazione, il fenomeno inverso sembra avere investito il processo comune, per come gestito dal suo giudice naturale.

Intendo dire che la normativa processuale sempre più spesso viene avvertita come un cappio che soffoca le istanze di giustizia, e del quale è opportuno tenere meno conto, che non delle prime.

Tra le tante manifestazioni di questo fenomeno, dai tratti spiccatamente ideologici, ne citerò due.

La figura dell'abuso del processo, straordinariamente di moda sia presso il giudice amministrativo, sia presso il giudice civile<sup>8</sup>, segna il travolgente disfacimento dell'autonomia degli istituti processuali dagli episodi della vita che, per mezzo del processo, sono ricondotti al diritto.

---

<sup>8</sup> Si veda, ad esempio, Cass. S.U. n. 23726/07; Cass. n. 19898/18; Cass. n. 15398/19; Cass. n. 26089/19; CDS n.2064/15; CDS n. 330/21; CDS n. 3458/21; Tar Lazio n. 257/21.

Affermare che sono inammissibili iniziative processuali (pur astrattamente conformi alla legge) in contraddizione non soltanto con le condotte assunte dalle parti nel processo, ma anche con quelle che nel mondo fenomenico hanno dato vita all'oggetto del contendere, comporta con ogni evidenza la "cattura" del processo da parte del diritto sostanziale, nel senso che è il secondo a farla da padrone, nonostante il primo sia deputato a correggerne il flusso nell'ambito del confronto tra le parti.

Vi è poi il principio della ragione più liquida<sup>9</sup>, che si vorrebbe espressivo di un governo razionale del processo, ma finisce per essere piuttosto la dissoluzione della pregiudizialità logica: a fronte di domande infondate, infatti, il giudice comune prescinde dai profili preliminari che ne avrebbero potuto impedire la decisione di merito, e corre ad offrire quest'ultima, anche indipendentemente dal grado di robustezza di essa. Ciò che nei primi anni '90 sarebbe sembrato una neghittosa fuga dai propri compiti, è divenuto oggi buon governo della giustizia, da parte del giudice avveduto.

#### **4. Il caso del governo degli effetti temporali delle decisioni come sintomo della nebulosa**

Ora, se si sposta l'attenzione sul processo costituzionale, ne viene rafforzata la difficoltà persino di comprendere, dal punto di vista astratto e concettuale, ciò che è processo e ciò che è sostanza.

Penso, ad esempio, alla celeberrima sentenza n. 10 del 2015, con la quale la Corte impedì che una dichiarazione di illegittimità costituzionale producesse effetti retroattivi, persino nel giudizio *a quo*, con l'argomento, tipico del bilanciamento, ovvero che ciò avrebbe compromesso esigenze costituzionali contrarie, e da tenere in conto.

Sono stati in molti a rilevare che, in tal modo, il processo finiva non più per governare gli effetti della decisione, ma per divenire una parte costitutiva di quest'ultima<sup>10</sup>.

Se, però, con questa pronuncia la linea che separa la giustizia costituzionale dal diritto costituzionale è sbiadita, ma ancora percepibile, con la successiva sentenza n. 41 del 2021 essa è definitivamente cancellata.

In questo caso, infatti, la Corte paralizza gli effetti dell'accoglimento di una questione di legittimità costituzionale per un certo arco di tempo, in ragione, nella sostanza, di un giudizio di valore sulla regressività dell'art. 106 Cost., che vieta la preposizione di giudici onorari se non a funzioni attribuite ai giudici monocratici, rispetto alla funzionalità della giustizia.

Se il governo degli effetti *ex tunc* della pronuncia di illegittimità costituzionale è, per certi versi, affidato alla Corte dagli istituti del suo processo e dalla normativa processuale comune (che segna il limite oltre il quale la situazione è divenuta irreversibile, ovvero lo rimuove, come nel caso dell'art. 30, ultimo comma, della legge n.

---

<sup>9</sup> Da ultimo, Cass. n. 14039/21; CDS n. 3534/21; Tar Lazio n. 10021/21.

<sup>10</sup> A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.

87 del 1953 in materia penale), quanto agli effetti *pro futuro* sembrerebbe provvedere direttamente l’art. 136 Cost.

E, allora, discostarsi da tale ultima previsione equivale, di fatto, a renderla anch’essa oggetto del bilanciamento nel caso concreto, attraverso un totale riassorbimento del processo nel diritto costituzionale sostanziale, favorito dall’idea che, pur a fronte della fin troppo abusata formula sulla assenza di valori tiranni in Costituzione, alla fin fine una gerarchia debba pur sempre essere tracciata, magari camuffandola un poco (una gerarchia che, per assioma, rende regressive le istanze aventi una dimensione tipicamente processuale).

Insomma, mentre nei nostri manuali il tema degli effetti temporali delle pronunce della Corte attiene alla giustizia costituzionale, nella pratica esso è slittato verso i manuali di diritto costituzionale, e lì si è collocato agiatamente: non siamo più in grado di formulare una tassonomia, ovvero di comprendere se esso attiene al processo, o, come sembra oramai più probabile, al merito delle decisioni della Corte.

## 5. Una formula magica: l’effettività della tutela

Perché questo accade? Naturalmente, perché la Corte si preoccupa delle conseguenze sistemiche delle proprie decisioni, e guarda alla sostanza dei problemi.

Ma succede diversamente dalle parti del giudice comune?

Se si guarda all’esperienza di quello amministrativo, che meglio conosco e che, in ogni caso, è quella che maggiormente si avvicina al processo costituzionale, se ne potrebbe dubitare. La “logica” delle decisioni processuali che M. Luciani<sup>11</sup> molti anni fa attribuiva alle pronunce del giudice delle leggi ha contagiato il processo amministrativo, ove l’aperti Sesamo è oramai costituito dalla invincibile formula della effettività della tutela.

In nome di essa molto è concesso in via pretoria: mi sembra sufficiente rinviare sul punto a quanto R. Villata ha scritto di recente<sup>12</sup>, a proposito del problema della tipicità o atipicità delle azioni esperibili, non senza non ricordare, tra gli esempi più significativi, che il Consiglio di Stato, in nome di quella effettività, tende a reputare ammissibile, in certi casi, l’impugnabilità del decreto cautelare monocratico adottato in primo grado, e che l’art. 56, comma 2, c.p.a. dichiara “*non impugnabile*”, senza altro aggiungere.

Dal lato del giudice costituzionale, l’effettività della tutela prende il nome di garanzia dei diritti costituzionali, e viene perseguita con notevole determinazione (ma non superiore a quella che, per gli affari suoi, impiega oramai il giudice comune!), quale che siano le pertinenti disposizioni processuali.

Mi limito a due esempi recenti, che traggio da materia affine ed eticamente sensibile, come si suole dire.

---

<sup>11</sup> M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984.

<sup>12</sup> R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2021, 369 ss.

Con l’ordinanza n. 18 del 2021 la Corte, alla quale il giudice *a quo* aveva chiesto di permettere ai genitori di dare al figlio il cognome della sola madre, si autorimette questione di legittimità costituzionale della norma che, in caso di mancato accordo sulla assegnazione di entrambi i cognomi, privilegia quello paterno.

Al di là della motivazione, in termini di “*continenza*”, sulla rilevanza della questione, ciò che conta è che la Corte non esita a dichiarare quel che davvero la muove: “*l’esame di queste specifiche istanze di tutela costituzionale, attinenti a diritti fondamentali, non può essere pretermesso*” (enfasi di chi scrive). Insomma, non è il caso di sottolineare troppo sulla rilevanza: la questione va posta e decisa<sup>13</sup>.

Con la sentenza n. 133 del 2021 la Corte deve decidere se sia costituzionalmente legittimo che l’azione di disconoscimento di paternità non possa essere esperita oltre un anno da quando il padre presunto sia venuto a conoscenza del suo stato di impotenza a generare, anziché nell’anno successivo alla conoscenza, per altra ragione, della non paternità. La questione è ritenuta fondata.

Senonché, è contestualmente dichiarata non fondata la questione concernente l’ulteriore termine di 5 anni, oltre il quale in nessun caso il disconoscimento può essere richiesto.

Siccome nel giudizio *a quo* tale termine era compiuto, senza che l’azione fosse stata esercitata, sembra piuttosto chiaro che l’infondatezza della seconda questione dovesse determinare il difetto di rilevanza della prima, posto che il rimettente neppure avrebbe dovuto porsi il problema del termine annuale, se non dopo avere superato quello del termine quinquennale.

Tuttavia, la più recente giurisprudenza della Corte, quando vuole, è meno severa sul punto, e si attesta sulla nota nozione di rilevanza in entrata, piuttosto che in uscita, per quanto discutibile sia, nel caso appena ricordato, anche la pertinenza di quest’ultimo filone pretorio.

Con il che non si può non avvertire un nuovo scollamento dalla tendenza a soggettivizzare il processo costituzionale, per come enfatizzata dalla dottrina degli anni ’90. Perché, alla fine, decidere una questione che non ha alcun effetto sulla posizione delle parti del giudizio principale non serve certamente a tutelarne i diritti costituzionali. Con la conseguenza che la flessibilità delle norme processuali può anche girare a vuoto, rispetto allo scopo di garanzia soggettiva, piuttosto che ordinamentale, con il quale essa ambisce a trovare una giustificazione coerente con la custodia giudiziale dei diritti.

Dunque, la separazione tra procedimento e processo è sempre più ambigua nel sistema ordinamentale tutto, perché è accaduto in via generale che il primo si irrobustisse, mentre il secondo declinava; l’anima politica della Corte non è stata ricacciata nell’ombra dall’esempio virtuoso delle giurisdizioni comuni, ma semmai sono state queste ultime a lasciarsi sedurre dalla “giustizia di scopo”; la rigidità dell’apparato processuale non è stata, come si credeva possibile, il *pendant* della tendenza a soggettivizzare il giudizio costituzionale, così come tale tendenza, per il giudice amministrativo, ha indebolito il rilievo della norma processuale, piuttosto che rafforzarlo.

---

<sup>13</sup> E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Napoli, 2021, 179 ss., ha trovato una formula felice per spiegarlo: “ogni lasciata è persa”.

## 6. *Gli esperimenti processuali non indeboliscono la Corte*

Resta da accennare agli ultimi due punti del dibattito.

Quanto alla compromissione che la Corte avrebbe potuto subire, nella forma di governo, a causa della tendenza a decidere le questioni più delicate politicamente, nonostante vi fossero buoni motivi per reputarle inammissibili, si può ben dire che per una volta Cassandra ha visto male.

Perché la Corte negli ultimi anni si è avventurata ovunque, e ciò non ha prodotto non solo alcunché di paragonabile al *Court packing*, come si era temuto (con eccellenti argomenti) dopo la pronuncia n. 10 del 2015<sup>14</sup>, ma neppure un venticello di sorpresa o rammarico da parte di titolari dell'indirizzo politico generale sempre più sfibrati da una persistente carenza di legittimità.

Si è perciò potuto abbandonare le rime obbligate e dettare alle Camere i tempi del procedimento legislativo (qui penso al modello delle ordinanze a incostituzionalità differita nato con il caso Cappato, che peraltro a mio parere offre un ottimo esempio di come si può governare il processo costituzionale, al contempo applicandone le norme), senza che ciò abbia alimentato polemiche, se non sulle riviste giuridiche.

Ché, anzi, il dibattito pubblico ha per lo più incolpato di inerzia il Parlamento, piuttosto che la Corte di indebite ingerenze, come in dottrina è stato invece sostenuto<sup>15</sup>.

Quanto, poi, al ruolo della dottrina, non mi pare che vi sia di che essere particolarmente allegri, visto lo spazio sempre più angusto che si riserva, nelle note, ai profili processuali di una vicenda, piuttosto che alla sostanza della questione (mi limito a notare che sul sito della Corte, ove sono raccolti i commenti alle decisioni costituzionali, non ve ne è alcuno che si soffermi sui profili di rilevanza sottesi alla già citata sentenza n. 133 del 2021).

Naturalmente, si tratta dell'impressione indimostrabile in sede scientifica di un *insider* (sono assistente di studio alla Corte da quasi vent'anni), ma, ciò premesso, essa è nel senso che tanti problemi che il giudice costituzionale avverte sul piano processuale quando decide (magari nel senso di ridimensionarli) sfuggano poi all'attenzione del lettore.

La Corte, negli esempi che ho prima ricordato e in via generale nel prendere decisioni sul proprio processo, compie scelte consapevoli, sapendo di godere, peraltro, di un largo margine di azione a fronte di un accresciuto disinteresse del commentatore per i profili processuali della materia.

## 7. *Crisi del processo e crisi del giurista*

---

<sup>14</sup> G. SCACCIA, *Equilibrio di bilancio, irretroattività assoluta della dichiarazione di incostituzionalità e principio di effettività della tutela giurisdizionale nella sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015*, in *Rassegna Tributaria*, 2015, 1106 ss.

<sup>15</sup> E. GROSSO, *Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza 207/2018*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 532 ss.

Quanto precede è del tutto in linea con la crisi ben più generale del processo quale strumento razionale di composizione formale dei conflitti (la famosa verità processuale a confronto con la verità storica).

Vi è, forse, che la nostra epoca dichiara di essere dominata dalla tecnica, ma poi, proprio per questo, la teme e la fugge ogni volta che ciò sia possibile.

Perché la nebulosa che oramai avvolge il processo, rendendolo a tratti amorfo, che altro riflette se non la sfiducia che il giurista contemporaneo mostra di nutrire nei confronti di sé stesso? Dopo i fasti "sovranisti" del giuspositivismo, con l'alterigia di potersi rendere autonomi dalle scienze morali, l'infiltrazione del diritto da parte di "valori" non codificati esige l'umiliazione del ceto forense, a maggior ragione se autoinflitta.

La crisi del processo segna, alla fine, il tramonto di una concezione elitaria del ceto, imposta in parte dalla cattiva coscienza, in parte dalla ferocia di un'epoca "social" che esige orizzontalità nell'esercizio del potere e diffida della competenza tecnocratica. Il processo viene così ridotto all'incubo di Kafka, e si immiserisce nel groviglio di una scienza avvertita come fasulla, ogni qual volta possa ostruire la voce della giustizia.

Il giurista sente allora il dovere di porsi in ascolto. Cessa di rinvenire la propria legittimazione nella formazione tecnica di cui dispone, e la ricerca piuttosto nella capacità di servirsi di essa per incanalare e soddisfare la pretesa che a ciascuno sia dato il suo.

Si badi: non sto esprimendo un giudizio assiologico, ma cerco di descrivere, per quanto possibile, un fenomeno psicologico che tracima sullo spirito con il quale le norme processuali sono applicate. Debbo però dire che l'elitismo, nel paese di Mosca e Pareto, è sospetto in sé, ma lo diviene a maggior ragione se ne vengono infrollite le premesse di competenza, e si pretende di rifondarlo su un ruolo democratico di cinghia di trasmissione delle istanze sociali, che il legislatore non è più in grado di percepire<sup>16</sup>.

Non perché, alla fine, i giudici (specie se costituzionali) possano ignorare tali istanze<sup>17</sup>, ma perché non è arbitraria la pretesa che ciò avvenga compatibilmente con la normativa processuale che ne indirizza l'azione, e ne segna i confini.

## 8. Nulla è cambiato?

In definitiva, l'ipotesi dalla quale sono partito, ovvero che in trent'anni nulla sia cambiato, forse è falsa. La Corte non ha nella sostanza mutato atteggiamento quanto al suo processo, ma sono state piuttosto le giurisdizioni comuni a compiere un percorso di avvicinamento ai moduli del giudizio costituzionale, sicché è il contesto<sup>18</sup>, anche ideologico, ad essersi trasformato, con evidenti ripercussioni sul giudizio di sintesi, e sulle probabilità che il tema sia oggetto di rilancio.

---

<sup>16</sup> N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 919 ss.

<sup>17</sup> Ho già cercato di negarlo in M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale nel XXI secolo*, in *Questione giustiziana*, 4/2020.

<sup>18</sup> Dal quale non è dato prescindere: D. TEGA, *La Corte nel contesto*, Bologna, 2020.



A fronte del quesito che M. D'Amico si poneva trent'anni fa<sup>19</sup> (esiste il processo costituzionale? oppure, non può esistere il processo costituzionale?), mi sentirei insomma di rispondere ora che certamente il processo costituzionale potrebbe esistere, ma che il parto dovrebbe avvenire nelle condizioni più avverse, ovvero quando è proprio il "processo" *tout court*, per dirla con un celebre comico americano, a non sentirsi troppo bene.

## 9. *Gli amici curiae*

Innanzi ad un quadro per il quale, nella mia personale tavolozza, ho pescato le tinte scure (concedo che avrei potuto optare per quelle chiare, ma non trovo stimolante ormai assumere altre posizioni che quelle paradossali), ogni ulteriore considerazione sulle novità introdotte nel processo costituzionale dalle norme integrative appare in parte futile<sup>20</sup>. Non ha in effetti molto senso ragionare di disposizioni processuali, dopo aver postulato che esse si applicano solo se conviene.

Non voglio però sottrarmi a due brevi considerazioni.

In ordine alla disciplina degli *amici curiae*<sup>21</sup>, trovo che essa rifletta piuttosto bene la sproporzione tra l'investimento che si vorrebbe compiere sul processo costituzionale, ed i modesti risultati che se ne sono finora cavati.

Dubito, vale a dire, che si sia innanzi ad un cavallo di Troia, capace di insinuare nel processo costituzionale potenti interessi lobbistici (se dovessero entrarvi, troverebbero una via più efficace), ma non penso neppure che debba alzarsi una lode alla rinnovata capacità della Corte di ascoltare e comprendere la società civile (ci si arriva anche facendo a meno di "memoriette" di 25.000 caratteri, spazi inclusi, beninteso)<sup>22</sup>.

Sarà dunque il futuro a dire se l'*amicus curiae* avrà più rilievo di quello che fino ad oggi la prassi gli ha angustamente riconosciuto. Qui è invece utile osservare che, nello spirito della flessibilità processuale della quale si è detto, l'istituto gode di ampi tratti deformalizzati, atteso che la decisione sull'ammissibilità dell'opinione è rimessa ad un decreto del Presidente della Corte, sentito il relatore, per il quale non è espressamente richiesta alcuna motivazione.

---

<sup>19</sup> M. D'AMICO, *Parti*, cit.

<sup>20</sup> Sulle modifiche alle norme integrative si possono ora leggere i contributi pubblicati su *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, ed in particolare A. ANZON, *Dibattito sulle modifiche alle norme integrative: le "aperture" della Corte tra esigenze del processo e ascolto della società civile*, 481 ss.; A. CERRI, *Note minime sulla recente riforma delle norme integrative*, 484 ss.; P. COSTANZO, *Verso una riconfigurazione del processo costituzionale?*, 486 ss.; F. DAL CANTO, *La stagione di apertura non riguarda il giudizio in via principale*, 489 ss.; A. D'ATENA, *L'introduzione degli "amici curiae": tra esigenze di radicamento, apertura del giudizio e strategie di comunicazione istituzionale*, 491 ss.; S. DI PALMA, *Esperti: un istituto (ancora) misterioso*, 496 ss.; M. MANETTI, *I "falsi amici" del giudice costituzionale*, 505 ss.; V. ONIDA, *La Corte si apre alle "voci" della società*, 509 ss.; R. ROMBOLI, *I contenuti "non rivoluzionari" della riforma delle norme integrative*, 517 ss.

<sup>21</sup> Quanto alla regolamentazione dell'intervento dei terzi, sono d'accordo e non posso che rinviare a M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione giustizia*, 4/2020.

<sup>22</sup> In senso molto critico sulla riforma, per tale parte, M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2/2020; decisamente favorevole è, invece, V. ONIDA, *La Corte costituzionale aperta alla società civile*, in *Giustizia insieme*, 4 aprile 2020.

Per quanto mi risulta, poi, la decisione di non ammettere l’opinione non è oggetto di un formale decreto di rigetto. L’atto viene inserito nelle ricerche predisposte dagli assistenti di studio, cosicché tutti i giudici, volendo, lo possono leggere. Ma solo in alcuni casi può ricavarsi dalla pronuncia della Corte che l’*amicus curiae* si è proposto, perché in altri la decisione omette di riferirne, con la conseguenza che la cosa resterà del tutto sconosciuta al cultore della giurisprudenza costituzionale.

Se si aggiunge che, in caso di diniego dell’ammissibilità, la partita si gioca tra Presidente e relatore, si tratta di un caso del tutto inedito di esercizio di un potere decisorio monocratico presidenziale, incidente sugli atti rilevanti ai fini della decisione.

Allo stato, e salvo imprevedibili sviluppi, non si riesce ad immaginare quanto di più lontano dalle forme del processo costituzionale innanzi all’organo collegiale.

### 10. Gli esperti

Potenzialmente assai più fecondo si mostra l’impiego degli esperti, previsto dall’art. 17 delle nuove norme integrative, nell’ottica di una rivitalizzazione dei poteri istruttori già attribuiti alla Corte dall’art. 13 della legge n. 87 del 1953, in un contesto ove il dato scientifico tende ad imporsi con sempre maggiore prepotenza<sup>23</sup>.

Ai fini della presente relazione, mi sembra utile sottolineare che la novità (tale, perlomeno, quanto alla formalizzazione normativa del potere mediante le norme integrative) è suscettibile di porre in luce, ancora una volta, l’irresistibile attrazione della normativa processuale nell’orbita di pertinenza del diritto costituzionale “sostanziale”, con una curiosa eterogenesi dei fini.

Di recente, e con la consueta eleganza intellettuale di cui un modesto allievo come me non è capace, F. Trimarchi ha posto in luce<sup>24</sup> tutte le aporie logiche e le carenze metodologiche che affliggono il test di proporzionalità esercitato dalla Corte sulle leggi. Secondo l’insegnamento tradizionale, il Parlamento non è tenuto a sondare la scienza, pur avendo sempre un onere di istruttoria legislativa sui dati di base delle scelte che compie.

Tuttavia, quanto meno tale onere è adempiuto nel corso del procedimento legislativo, tanto più si rende difficoltoso per la Corte assicurare un controllo di proporzionalità rigoroso, perché a mancare possono essere le basi oggettive stesse, con le quali operare il giudizio sulla necessità, accertando se vi sarebbe stato *in rerum natura*, e dato l’obiettivo perseguito, mezzo meno invasivo per conseguire lo scopo.

Tale situazione concede al legislatore un certo vantaggio, che la Corte tende giocoforza ad assecondare.

Ora, l’impiego di uno strumento processuale istruttorio è di natura volto a conoscere fatti che precedono l’oggetto del giudizio, e la cui sussistenza, o no, può condizionare lo scrutinio sulla legittimità della fattispecie sottoposta al giudice. Si tende a pensare che il

---

<sup>23</sup> M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 30 giugno 2017.

<sup>24</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *La verifica di proporzionalità e la base conoscitiva delle leggi*, in corso di pubblicazione su *Diritto processuale amministrativo*, 1/2022.

fatto sia anteriore al processo, e che a quest'ultimo spetti semmai di valutarlo nel prisma della scienza.

Però, nel momento in cui la Corte decide di avvalersi seriamente del potere istruttorio per sondare le basi empiriche di un'opzione legislativa al di là del caso tipico delle leggi provvedimento<sup>25</sup>, e in particolare per allargarsi fino all'accertamento della sussistenza di vie di fuga meno invasive degli interessi antagonisti, in qualche modo il fatto nasce contestualmente nel processo, nel senso che elementi che il legislatore non ha conosciuto, in ragione del respiro corto dell'istruttoria legislativa, gli possono ora venire opposti in sede di controllo giurisdizionale.

Con la conseguenza, appunto "di sostanza", di costringere il legislatore a prevenire la Corte, approfondendo nel procedimento legislativo quei tratti "duri" della propria azione, che in assenza di adeguati poteri istruttori della Corte, avrebbero ben potuto rimanere celati, posto che il giudice investito del controllo di legittimità costituzionale, a propria volta, avrebbe potuto non venirne a conoscenza<sup>26</sup>.

È presto per dire quale uso la Corte riserverà ai poteri istruttori, ovvero se la modifica delle norme integrative è di preludio ad una svolta concettuale nella gestione del processo costituzionale. Ma mi pare decisamente rimarchevole che, in quest'ultimo caso, l'effetto di una disposizione pensata per adempiere a fini istruttori nel processo possa riflettersi sullo standard di acquisizione dei dati proprio del procedimento legislativo, imponendogli una drastica impennata.

La giustizia costituzionale, ove si impegnasse davvero nel test di proporzionalità, con l'impiego dei nuovi poteri istruttori, condizionerebbe così in modo incisivo la qualità delle leggi, ovvero i limiti fattuali che il legislatore può incontrare nel produrre norme, in seno al procedimento legislativo: un tema, quest'ultimo, di diritto costituzionale per eccellenza.

Il confine tra processo e diritto si scolora ulteriormente, la nebulosa è sempre più fitta.

---

<sup>25</sup> M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 531.

<sup>26</sup> Insomma, un esito inverso rispetto al mero rafforzamento della motivazione allo scopo di accrescere il "consenso", individuato da una dottrina come la prima ragione giustificatrice dell'impiego di mezzi istruttori: T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997, 257.